

## Il cammino della laicità

di Augusto Barbera

(in corso di pubblicazione nel volume "Laicità e diritto" Bonomia University Press, 2007)

**Sommario:** 1. Sei volti della laicità (più uno). 2. L'autonomia del diritto dalla sfera religiosa: 2 a. l'autonomia agli albori dell'Occidente; 2.b la non autonomia negli ordinamenti islamici; 2.c Un problema ancora aperto. 3. La tormentata separazione fra potere politico e potere ecclesiastico: 3.1. La subordinazione del potere politico al potere religioso. Dai regimi teocratici ai regimi confessionisti; 3.2. La subordinazione del potere religioso al potere politico. Giurisdizionalismi antichi e contemporanei; 3.3. Il separatismo: fra Concordati e sottoposizione al diritto comune. 4. La laicità come garanzia della libertà religiosa e del pluralismo confessionale. 5. Il fenomeno religioso nello spazio pubblico: 5.a la laicità "aperta"; 5.b la laicità "protetta"; 6. La laicità come garanzia della libertà individuale e del pluralismo politico e culturale: 6 a. Le radici comuni alle "religioni secolari"; 6.b Due lesioni simmetriche alla laicità: religione di stato ed ateismo di stato; 6.c Il rifiuto laico dello stato etico. Due settori emblematici: l'educazione dei minori e il diritto penale 6.d. Ai confini dello stato etico: il problematico collegamento fra diritto e principi etici. 7. Il principio di laicità nell'ordinamento costituzionale italiano: 7.a. Il principio di laicità è presente nella Costituzione italiana? 7.b. Il quadro costituzionale ; 7.c. Il principio di laicità nella giurisprudenza costituzionale; 7 d. Problemi aperti per la laicità italiana ; 7d.1 Le scuole confessionali; 7d.2 I simboli religiosi negli spazi pubblici 7. e. Un tentativo di definizione: la laicità (non principio autonomo ma) sintesi dei principi del costituzionalismo liberaldemocratico accolti nella Costituzione italiana; 8. La laicità come metodo

### 1. Sei volti della laicità (più uno)

Di laicità di un ordinamento si può parlare in vari sensi fra loro non sempre coincidenti. Schematizzando, possiamo così riassumere i volti della laicità, frutto di traguardi succedutisi nel tempo :

- autonomia dell'ordinamento giuridico dalla sfera etico-religiosa (*laicità come autonomia del diritto*);
- limite alla prevaricazione del potere ecclesiastico su quello civile, dalle forme teocratiche a quelle confessioniste alle stesse forme anomale di "ingerenza" (*laicità come autonomia della politica*);
- limite alla invadenza del potere civile su quello religioso , dalle varie forme di giurisdizionalismo alle più recenti forme di "laicità ostile" (*laicità come limite alla politica*);
- riconoscimento e garanzia della libertà religiosa e del pluralismo religioso (*laicità come pluralismo confessionale*);
- indifferenza ed estraneità della sfera pubblica rispetto al fattore religioso, attraverso la quale la laicità tende a proteggersi e a divenire essa stessa ideologia militante (*laicità protetta*);
- riconoscimento e garanzia della libertà individuale e del pluralismo di culture e tradizioni e quindi rifiuto dello "Stato etico" e di ogni ideologia di stato (*laicità come pluralismo*

politico).

Si tratta di paradigmi - nel senso di modelli interpretativi di problemi e di criteri risolutivi degli stessi - che caratterizzano sia la scienza giuridica che la storia del diritto. Ma nel linguaggio comune si ritrova un altro significato che possiamo così definire:

-*laicità come metodo* in grado di accomunare non credenti e credenti e di realizzare le condizioni per la coesistenza fra valori e progetti di vita contrastanti; in primo luogo il rifiuto di contrapposti fondamentalismi e di chiusure dogmatiche .

Quest'ultima è una definizione che, a differenza delle precedenti, attiene ai comportamenti dei singoli, non caratterizza un ordinamento - e infatti riguarda altre scienze sociali, non la scienza giuridica - ma tuttavia è assai rilevante perchè può condizionare in concreto, come dirò, la vita di un ordinamento .

Con tali definizioni della laicità siamo all'interno del patrimonio stesso del costituzionalismo liberaldemocratico: un ordinamento non può considerarsi liberaldemocratico se non garantisce l'autonomia del diritto dalla sfera religiosa, se non tiene separati il potere civile e quello religioso, se non garantisce la libertà religiosa, se non rifiuta verità e ideologie di stato. Non tutti gli ordinamenti , invece, accettano la *laïcité de combat* che è patrimonio - come vedremo - del costituzionalismo francese (non comune agli altri ordinamenti liberaldemocratici ma non estraneo ai principi del costituzionalismo ) e che io definirò "*laicità protetta*".

La mia opinione è quindi che si debba parlare di più volte della laicità. Tali forme di laicità si realizzano , peraltro, progressivamente nella storia del costituzionalismo occidentale , dalle antiche conquiste dell'autonomia del diritto dalla sfera religiosa alla meno antica separazione fra i due poteri , civile ed ecclesiastico, al riconoscimento del pluralismo e della libertà religiosa e solo nel corso del secolo scorso, dopo esperienze totalitarie in alcune parti d'Europa, alla piena affermazione della laicità come garanzia della stessa libertà individuale e del pluralismo di culture e tradizioni.

Se è vero che il principio di laicità presenta diversi volti ed è collegato ad altri principi che caratterizzano il costituzionalismo di impronta liberaldemocratica ne discende che a questi ultimi occorre risalire, muovendosi in una prospettiva sia storica che comparatistica. Se, infatti, si rimane chiusi nell'ambito delle definizioni aprioristiche, prescindendo dai processi storici che hanno portato agli attuali ordinamenti costituzionali, non si fanno significativi passi in avanti e non si riesce a cogliere "*l'eteromorfismo*" - uso volutamente un'espressione della biologia per indicare le varianti di un unico cromosoma - che caratterizza la laicità.

## **2. L' autonomia del diritto dalla sfera etico-religiosa**

Il primo significato della laicità è legato ai processi di secolarizzazione del diritto, vale a dire alla contestata e non sempre progressivamente lineare autonomia del diritto dalla sfera religiosa. La distinzione fra regole giuridiche e precetti religiosi è una conquista dell'Occidente presente anche in quei paesi che mantengono tratti confessionisti ma non sempre è stato così e non sempre oggi è così in altre parti del pianeta, ad esempio nel mondo islamico.

Per la cultura giuridica dell'Occidente i precetti del diritto acquistano una loro autonomia rispetto ai precetti religiosi, o rispetto alle regole dell'etica, in quanto svolgono una diversa funzione . Il che non significa che i precetti giuridici non possano ispirarsi a regole

etiche o religiose.

I precetti religiosi od etici - lo dico in breve sintesi ma sterminata è la letteratura - hanno come scopo la perfezione individuale; realizzare l'amore verso Dio e/o verso gli altri. Per essi non va valutato il risultato ma il motivo per il quale l'azione viene compiuta. Il diritto è invece organizzazione di rapporti intersubiettivi (il legame giuridico nasce solo, ci racconta De Foe, nel momento in cui il naufrago Robinson Crusoe incontra Venerdì); individua interessi, beni e valori da riconoscere e tutelare, anche attraverso forme di repressione delle condotte contrastanti. Come evidenziò in modo chiaro Christian Thomasius (1657-1728) il diritto (*iustum*) è relativo a un rapporto intersoggettivo e come tale è distinto dall'etica (*honestum*). Mentre la morale o i precetti religiosi pongono solo *doveri* le regole giuridiche, accanto ai doveri che impongono ad alcuni consociati, prevedono il riconoscimento e la tutela di corrispondenti *facoltà* di altri consociati. La morale riguarda l'*intenzione* a differenza dell'imperativo giuridico che riguarda l'*azione*, vale a dire i fatti rilevanti sul piano esterno (per il diritto - diceva Ulpiano con una notissima citazione tuttora pilastro del pensiero giuridico - "*cogitationis poenam nemo patitur*"). Mentre il diritto opera per giudizi ipotetici (osserva la norma se vuoi evitare una pena o raggiungere un risultato particolare) la morale invece opera sulla base di imperativi categorici, il dovere per il dovere: "*il cielo stellato sopra di me, la legge morale dentro di me*" secondo la splendida espressione di Kant.

## 2 a) l'autonomia agli albori dell'Occidente

Da Kant in poi il diritto si consolida come categoria autonoma [Cerroni 1962] ma portando a compimento un processo iniziato secoli prima. E' un processo di secolarizzazione che, per quanto riguarda l'Occidente, parte da lontano.

Nelle società arcaiche non era percepibile la differenza fra prescrizione giuridica e volere degli dei; non esistevano né legislatori né giuristi ma sacerdoti e figure consimili (aruspici, auguri, sciamani o stregoni) proprio perché si riteneva che le regole fossero più da scoprire che da creare; da scoprire interpretando il linguaggio della divinità. E questo poteva avvenire in vari modi: o attraverso l'intermediazione carismatica di determinati personaggi o attraverso l'esame di fenomeni naturali (le viscere delle vittime sacrificali, il volo degli uccelli ecc.) o scrutando altri segni (la resistenza, ad esempio, alla tortura).

L'autonomia del diritto, la sua formale laicizzazione, è frutto del pensiero greco e della cultura giuridica romana su cui si è innestato il contributo del cristianesimo. Ed è questa ascendenza che distingue, in particolare, il pensiero occidentale.

Per la **Grecia** bisogna risalire (le date sono sempre un punto convenzionale di riferimento) al periodo attorno al 500 avanti Cristo, alla cacciata del Tiranno Ippia, all'avvento di quella che è stata chiamata l'età di Pericle, che corrisponde all'età di Socrate (469-399 a.c.) e del pensiero sofista. L'affermarsi della democrazia, le deliberazioni dei cittadini riuniti nell'*agorà* o nella *ecclesia*, mettono sempre più in risalto "*il carattere umano delle leggi e delle istituzioni*" [Lamanna 1961, 119]; sottolineano l'elemento della decisione rispetto a quello della interpretazione, la presenza di una volontà regolatrice da parte degli uomini [Kelly 1992, 30ss]. Le leggi non sono più espressione di un ordine prestabilito nel *Kosmos*. Non sono il frutto della volontà degli Dei. Per conoscere la norma da seguire è sempre meno necessario rivolgersi, nel Tempio di Delfo, alla Pizia, sacerdotessa di Apollo. Sempre meno si ritiene con Eraclito, vissuto alla fine del sesto secolo, che "*si alimentano tutte le leggi umane di una sola, la divina, perché questa domina quanto vuole e basta a tutto e su tutto ha vittoria*" [frammento 114] e sempre più si afferma la

convinzione, con il sofista Protagora, vissuto nel quarto secolo, “che di tutte le cose è misura l'uomo” e che gli uomini stabiliscono le leggi a propria misura e tornaconto. Finita l'età dell'oro Astrea, la Dea della Giustizia, figlia di Zeus e di Temi, è costretta a fuggire da una terra ormai sorda ai suoi precetti, dando vita alla costellazione della Vergine, ed inizia la lotta per il diritto fra gli uomini.

Analogo percorso a **Roma**. Lo *ius* originariamente non si distingueva dal *fas* o dal *nefas*, dal lecito o dall'illecito. Il diritto era ciò che era lecito secondo il volere divino. Il *rex* era *sacerdos et pontifex* (perché chiamato a *pontem facere* con gli Dei). Anche in epoca successiva competeva alla casta dei Pontefici decidere le controversie mediante gli *auspicia* (da *avis - spicio*), traendo le regole di condotta dal volo degli stormi di uccelli, o da altre formule misteriche. Compito del *Pontifex* era l'*interpretatio* e lo *ius edicendi*; compito che gli spettava in quanto *optimus augur*, in quanto membro del collegio sacerdotale degli *auguri*. La sanzione per la violazione delle regole giuridiche serviva a ristabilire la volontà divina. Il *supplicium*, vale a dire l'esecuzione capitale, era la sanzione più alta che estrometteva il colpevole dalla società ma era anche un sacrificio per placare l'ira degli Dei; il condannato era *sanctus* (participio passato di *sancire*), sacro, intoccabile. Nel 304 a.c. la prima rivoluzione laica. Con un atto di forza (forse solo mitizzato) Gneo Flavio, edile curule e tribuno della plebe, riuscì a sottrarre ai pontefici, rendendole pubbliche su un albo nel Foro, le formule in base alla quale la casta sacerdotale determinava sia il calcolo del tempo (non c'era ancora un calendario) e sia i giorni “fasti e nefasti” sulla base dei quali i sacerdoti procedevano all'amministrazione della giustizia [Fögen 2005]. Già a metà del V secolo la *Lex duodecim Tabularum*, in quanto conteneva disposizioni scritte e rese pubbliche, aveva rappresentato un primo elemento di laicizzazione del diritto; ma più decise forme di laicizzazione furono realizzate (indicando anche qui una discutibile data convenzionale) dalla *lex Hortensia* in poi, fatta approvare nel 286 a.c. dal Dittatore Quinto Ortensio, che annoverava, fra le fonti del diritto, i *plebis-scita*.

Da quel periodo in poi l'attività giurisprudenziale “prende le forme di un sapere laico, dai caratteri di scienza” [Dalla, Lambertini, 23] e la funzione dei sacerdoti sarà progressivamente assunta dai giurisperiti (*iuris prudentes*), con il compito di custodire, interpretare e rendere possibile l'applicazione del diritto ai casi concreti, le opinioni di alcuni dei quali sarebbero poi divenute vincolanti per Decreto imperiale. Il diritto diviene tecnica: *ars boni et aequi*, dirà Celso. Un diritto, prevalentemente, anche se non esclusivamente, consuetudinario, espressione della società (*mores maiorum*) o frutto della volontà politica (*leges, constitutiones ecc.*).

Ma le forme di laicizzazione del diritto non sempre si accompagneranno a una separazione fra le due potestà, quella statale e quella religiosa, in quanto permarrà una compenetrazione fra potere religioso e potere civile, che, relegata ai margini nel periodo repubblicano, riprenderà vigore in epoca imperale.

A tale laicizzazione ha soprattutto dato una spinta decisiva il **cristianesimo**. Allorché Gesù di Nazareth nel *Discorso della Montagna* esalta come principio fondante di tutte le norme l'amore verso Dio e verso il prossimo svuota il complesso di regole minute, di carattere legalistico, di cui è intriso il *Pentateuco* (nel *Deuteronomio* e nel *Levitico* sono presenti pedantissime norme di carattere giuridico o, addirittura, igienico-sanitario) e cui invece erano legati i Farisei. Ne consegue che - secondo il celebre passo del Vangelo di Matteo - bisogna dare “a Cesare quel che è di Cesare...”. Il destino dell'uomo oltrepassa la Città terrena: è *nel* mondo ma non è *del* mondo. Non tutto ciò che è peccato deve

essere punito dalla legge terrena diranno i Padri della Chiesa e viceversa non sempre la violazione della legge terrena sarà peccato. E' questo uno dei punti che -come vedremo - distingue il cristianesimo dall'Islam, in tutte le sue versioni (così come lo distingue dalle religioni orientali - presenti ad esempio in Cina e Giappone - che per secoli hanno invece attribuito a Cesare la natura divina). E soprattutto il cristianesimo non è una religione che si basi su un testo dettato direttamente da Dio. La parola di Dio ha una mediazione umana che passa attraverso i Vangeli (anch'essi scelti, fra i tanti, sulla base della mediazione della Chiesa), attraverso scritti vetero e neo-testamentari, redatti da autori ispirati ma non direttamente investiti dalla Divinità.

La distinzione fra diritto e religione sarà, sia pure in modo tormentato [Faralli 2006, 17 ss], alla base del pensiero cristiano, ma non così sarà per quanto riguarda le relazioni che nei secoli si verranno a stabilire fra Chiesa e Stato. Se il pensiero cristiano ha contribuito al principio di laicità distinguendo diritto e religione sarà invece, come vedremo, un pesante ostacolo per quanto riguarda la non meno essenziale distinzione fra potere ecclesiastico e potere civile. Per tale ulteriore traguardo bisognerà aspettare, dopo secoli di devastanti conflitti, il XIX e soprattutto il XX secolo.

#### *2 b. la non autonomia negli ordinamenti islamici*

La distinzione fra diritto e sfera religiosa è tuttora estranea a quegli ordinamenti islamici più radicali che riconoscono nella *Shari'a* la fonte principale del diritto. In essa convengono i precetti contenuti nel *Corano*, diretta espressione della volontà divina e la *Sunna* che raccoglie i detti del Profeta Maometto. I precetti che se ne traggono investono tutti gli aspetti della vita, sia quella religiosa che quella civile, di conseguenza non è ammissibile una distinzione fra precetti giuridici e precetti religiosi, fra religione e Stato. Deve inoltre stabilirsi un collegamento stretto fra autorità religiose e autorità statali nella produzione e interpretazione del diritto. La religione islamica nasce come "religione del libro" nel senso forte del termine. Secondo le scuole teologiche dominanti il libro è parola di Dio. Se Dio parla direttamente e immediatamente è difficile immaginare che la sua Parola non sia immediatamente norma coercibile anche nella sfera giuridica e politica.

Le regole della *Shari'a* sono legge dello Stato. Il diritto è interpretato e studiato non dai giuristi laici ma da religiosi nelle scuole coraniche. Il risultato dell'attività interpretativa (la *Fatwa*), pur non essendo sempre univoco, mancando una autorità costituita suprema, non deve scostarsi dalla lettera dei precetti sacri. L'Islam è la religione di Stato mentre le altre confessioni possono solo essere tollerate e, a certe condizioni, protette (specialmente se credenti in un libro sacro, l'Antico o il nuovo Testamento). Non essendo tutelata la libertà religiosa è reato per un mussulmano, e non solo peccato, cambiare religione (nel corso del 2006 un cittadino afgano Abdullah Racman è stato condannato a morte - poi graziato su pressioni internazionali - perché apostata, essendosi convertito alla religione cattolica). Chi bestemmia o si comporta da blasfemo deve essere punito dallo Stato (i versetti satanici di *Salman Rushdie* rappresentano un crimine). Conseguentemente non sono tutelate né la libertà di educazione da parte dei genitori né la libertà di insegnamento nelle scuole pubbliche. I diritti del cittadino sono tutelati ma in quanto "credente" [Remond 1995, 10] mentre la ridotta capacità giuridica degli "infedeli" e delle donne (che tra l'altro non possono sposare un non mussulmano a differenza di quanto consentito agli uomini) è prescritta sia dalle leggi religiose che da quelle civili [Massignon 2007, 33].

Prevale in molte Costituzioni, conseguentemente, una concezione spesso decisamente

teocratica [Mezzetti, 2003, 278 ss]. L'eccezione può essere rappresentata dal **Libano** e dalla **Turchia** che hanno subito processi di secolarizzazione; in particolare la Turchia che ha conosciuto negli anni venti la rivoluzione dei "giovani Turchi" di *Kemal Atatürk*.

Per la Costituzione dell'**Arabia Saudita** del 1992 "*il libro di Dio e la Sunna del suo Profeta..sono la costituzione*"(art. 1). Anche per la Costituzione della **Libia**, il "*Corano sacro è la legge della società nella Jamahirya araba libica popolare e socialista*" [v.però Ruiz 2005, 45ss]. Analogamente anche in **Egitto**, **Mauritania** (che tuttavia richiama anche i principi della democrazia), **Yemen**, **Bahreïn**, **Oman**, **Kuwait** e in altri Paesi arabi che vedono nei precetti dell'Islam "*l'unica fonte della legge*".

La Costituzione dell'**Iran** si affida alla "*leadership di una persona santa, atta a prevenire qualsiasi deviazione dei vari organi dello Stato rispetto ai doveri islamici*", scelto e coadiuvato dal "*Consiglio dei guardiani*", formato da religiosi, entrambi protetti dalle "*guardie islamiche*" (art. 150) mentre tutti i poteri, compreso il potere giudiziario, sono impegnati a combattere "*i vizi e la corruzione*" e la deviazione dai principi dell'Islam "*nella sua scuola sciita*" (art.3., 12, e 61), pur riconoscendo a ebrei, zoroastriani e cristiani tolleranza e rappresentanza con un deputato ciascuno nel Parlamento (peraltro più volte entrato in conflitto con il più ortodosso Consiglio dei Guardiani).

Nei paesi del Magreb la formulazione è meno drastica e più aperta. La Costituzione della **Tunisia**, pur proclamando l'Islam religione di Stato (art. 2), si richiama alla sovranità del popolo (e quindi non della *Shari'a*) e si affida "*alla Grazia di dio*" mentre la Costituzione del **Marocco** individua nel Re "*il capo della fede*", e in quanto tale garante e della Costituzione e dell'"*Islam religione dello Stato*"(art. 19) [Ceccanti 2003 166 ss]. Di meno agevole lettura la Costituzione dell'**Algeria** che prevede l'Islam come religione di Stato e vieta quindi "*le pratiche contrarie alla morale islamica*"(art. 9).

Ha larghi tratti laici anche la Costituzione della **Giordania**, varata nel 1952, che tuttavia affida la amministrazione della giustizia, per determinate materie, alle Corti della "*Shari'a*" e ad altri tribunali religiosi appositamente costituiti per le minoranze religiose. Una discussione animata si è avuta recentemente all'atto dell'approvazione della Costituzione dell'**Iraq**: si è evitato l'esclusivo richiamo alla legge coranica ma si è stabilito che "*l'Islam è una fonte principale di diritto*" con formula analoga a quella contenuta nella Costituzione della **Siria** (art.3).

Tali caratteri sono il frutto di una lettura formalistica del Corano, così come una certa lettura della Bibbia portava il Cardinale Bellarmino a processare Galilei che aveva osato contraddire Giosuè ("*fermati o sole*") o il Vaticano ad ostacolare le ricerche archeologiche di J-F Champollion che contraddicevano la datazione del Diluvio universale. Il libero esame della Sacre scritture, su cui si costruirà la teologia protestante, spingerà ulteriormente anche la Chiesa cattolica a tenersi lontana da letture fondamentaliste e formaliste [invece nella Chiesa Ortodossa, per motivi teologici, attecchirà un maggior formalismo: letteratura in Ceccanti 2001, 55]. Non mancano nell'Islam scuole teologiche che cercano di lasciare più margini alla interpretazione e alla mediazione umana nel tentativo di aprire uno spazio per l'autonomia delle realtà temporali, e quindi per il diritto, ma sono scuole oggi nettamente minoritarie [Lapidus 1996, 100 ss]. Mentre la Scuola "*mutasilita*" è favorevole a una libera lettura del Corano non così per la dottrina "*sefardita*", che ha ancora una posizione egemone. Mentre per quest'ultima Scuola la parola del Profeta non può essere interpretata, per le altre scuole l'uomo può contribuire ad arricchirne e attualizzarne l'insegnamento. Le tormentate vicende che non hanno finora consentito l'approvazione di una carta islamica (redazione iniziata su impulso dell'Unesco

nel 1981) sottolineano tali differenze. Ma non mancano prospettive -sia pur fragili- per una evoluzione positiva [Scheffler, 2002,14 ss ]. In fondo i richiami alla ortodossia di questi ultimi decenni sono il frutto di una reazione ai processi di secolarizzazione e modernizzazione che investono le società musulmane [Khaled Fouad Allam,2006, 150]. E' problematico valutare se il principio di laicità sia accolto nello Stato di **Israele** dove si confrontano a proposito della Parola di Dio , e quindi del rapporto fra religione e diritto , correnti per un verso simili a quelle del mondo cristiano, più centrato sulla mediazione umana od ecclesiale, ed altre più vicine all'Islam. Le controversie sulla traduzione nelle varie lingue del volume di Theodore Herzl "*Der Judenstaat* " talora come "Stato degli ebrei" talaltro come "Stato ebraico"ne sono una significativa espressione [Klein 1995, 8] . Il diritto ebraico ( *Halakha*), come è noto, è tratto dai cinque libri del *Pentateuco (Torah)*, come interpretati e adattati dall'insegnamento rabbinico (*Talmud*). Il fatto che il diritto ebraico sia patrimonio comune sia alla religione ebraica che allo stato ebraico finisce per togliere autonomia al diritto civile. Nella dichiarazione di indipendenza del maggio 1948 si fa riferimento alla "*visione dei profeti di Israele*" come fondamento dell'ordinamento ma si afferma contemporaneamente la piena parità di diritti dei residenti a prescindere dalla religione professata. Israele, tra l'altro, non si è dato una Costituzione ma solo alcune leggi costituzionali anche perché non ha ancora sciolto questo legame fra diritto e precetti religiosi. Tuttavia, al di là degli aspetti teorici, nella prassi - per effetto dell'avanzare dei principi del costituzionalismo [Barak 1995,32] - la distinzione fra la sfera religiosa e quella giuridica si è progressivamente affermata anche se la legislazione israeliana deve fare i conti con componenti tradizionaliste e fondamentaliste che si richiamano ancora a una lettura ortodossa della *Torah* e che hanno sempre avuto una spiccata rendita di posizione nel Parlamento israeliano (la *Knesset*) grazie al sistema proporzionale adottato [Mordechai Rabello 2006,p. 23].

I problemi nascono su un altro piano. Sono infatti previste all'interno dello Stato di Israele diversi *Statuti personali* basati sull'appartenenza religiosa. La questione più controversa è la permanenza del matrimonio solo religioso con i conseguenti limiti che ne derivano per i matrimoni fra appartenenti a religioni diverse (a meno che non siano stati celebrati all'estero). Da qui anche le diverse Corti competenti a giudicare in riferimento alla religione professata dai cittadini: Corti rabbiniche , Corti della Shari'a, Corti druse, Corti bahai, Corti cristiane. Se questo porta ad escludere decisamente che Israele sia uno Stato confessionale, intollerante verso altre religioni, non consente di ritenere che esso si possa ritenere uno stato pienamente improntato ai valori della laicità .

### 2 c. Un problema ancora aperto

La distinzione di ambiti fra sfera del diritto e sfera etico religiosa significa che il diritto non può essere ancorato a un ordine superiore ? Sia esso il cosiddetto *diritto naturale* o sia esso un *sistema di valori etici*? Significa che deve essere considerato solo il diritto della città di Tebe e messo da parte il diritto di Antigone, scritto dagli Dei nel cuore degli uomini?

L'autonomia del diritto dalla sfera etico-religiosa è antica conquista ( più tormentata , per secoli, invece la distinzione fra potere politico e potere religioso) ma non è ancora risolto il nodo che in talune materie tiene avvinte sfera dell'etica e sfera giuridica . Le Chiese cristiane e la Chiesa cattolica in particolare non accettano che la legislazione civile prescinda da talune essenziali regole etiche, come da loro interpretate . Ed anche chi è portatore di un pensiero laico non può non porsi il problema di sottoporre il diritto a

giudizio critico in nome di valori che lo trascendono [Pulitanò 2006, 66] . Ma questo tema lo affronteremo più avanti perché non riguarda direttamente la distinzione del diritto dalla sfera etico-religiosa ma riguarda i contenuti che deve avere la regola giuridica , pur sempre distinta dalla regola etica. La distinzione fra ordine giuridico e sfera dell'etica non implica una necessaria opposizione nei contenuti.

Il tema del diritto naturale è comunque assai controverso, prima travolto dalle correnti positiviste poi rifiorito dopo gli orrori della seconda guerra mondiale (e un'eco si ritrova nella formulazione dell'art. 2 della nostra costituzione laddove si afferma che la Repubblica "riconosce" i diritti inviolabili). Ma le posizioni fondate sul diritto naturale (giuste o sbagliate che siano ) non toccano l'autonomia della sfera giuridica; e ciò per più ragioni.

In primo luogo perché il diritto naturale può essere sganciato da una qualunque prospettiva religiosa ed essere ancorato solo alla *recta ratio*; come diceva Grozio "*etsi Deus non daretur*". Non a caso la parte più viva delle concezioni giusnaturaliste si fonda non sul diritto naturale ma sui "*diritti naturali*", sui quali si sono fondate le dichiarazioni rivoluzionarie del XVIII secolo. Con tali dichiarazioni, dopo la condanna da parte di Pio IX con l'enciclica "*Quanta cura*", e del *Sillabo* ad essa annesso, ha dovuto fare i conti la stessa dottrina cattolica modificando progressivamente le proprie posizioni nel corso del XX secolo, fino ad arrivare alla grande apertura nel dicembre 1965 della Dichiarazione conciliare "*Dignitatis humanae*". Anche nella prospettiva religiosa, e non solo cattolica, il diritto naturale è scritto "*in corde hominum*" come regola nei rapporti intersubiettivi, come regola per il retto ordine sociale e mantiene una sua distinta autonomia rispetto alle prescrizioni religiose. Il messaggio etico che la Chiesa cattolica ed altre Confessioni cristiane propongono a fondamento dell'ordine giuridico pretende di riferirsi a un ordine razionale comune ai cittadini, non solo rivolto ai fedeli; di riferirsi a imperativi morali che tutti possono conoscere con i soli strumenti della *ragione* e prescindendo dall'illuminazione della *fede*. Nonostante il riannodarsi di taluni fili fra diritto e morale - di cui parlerò più avanti - rimane netta la distinzione fra sfera del diritto e sfera etico-religiosa.

### **3. La tormentata separazione fra potere politico e potere ecclesiastico**

La distinzione fra ordine giuridico e ordine religioso , fra diritto ed etica , è dunque una conquista dell'Occidente, avviata dal pensiero greco-romano, ma questa pur importante base comune non ha evitato le interferenze e i conflitti fra Trono e Altare . Tagliato il legame fra sfera giuridica e sfera religiosa è rimasto per secoli un legame (talvolta stretto e perverso) fra potere politico e potere religioso. Nella stessa Grecia di Pericle la religione era strettamente intrecciata con il governo della "polis": Socrate fu condannato a morte per empietà; i "misteri eleusini" ed altri culti iniziatici erano controllati dallo Stato. Anche a Roma i culti erano controllati dalle istituzioni repubblicane e nei secoli bui lo stesso Imperatore sarà talvolta oggetto di culto. In ogni caso lo *ius sacrum* era un ramo dello *ius publicum* e questo inciderà sulle pretese imperiali dopo la assunzione della religione cattolico-romana quale religione dell'Impero [Ruffini1992, 114 ss].

La stessa Chiesa cattolico-romana , da un certo periodo in poi, ha cercato di realizzare il messaggio cristiano appoggiandosi sulle istituzioni politiche, oscurando le parole di Gesù e spesso affidandosi a Cesare . E verranno da qui i problemi con cui si scontrerà la costruzione dello Stato moderno. Già Costantino si fece promotore, nel 325 dopo Cristo,

del Concilio di Nicea, il primo Concilio della storia della Chiesa, che condannò la dottrina ariana e definì la natura "consustanziale" del Padre e del Figlio. Parimenti qualche altro Concilio fu convocato da altri imperatori, ad esempio il Concilio di Efeso nel 431 e quello di Calcedonia nel 451 (che saluterà l'Imperatore Marciano come *Sacerdos Imperator*). I due poteri non sempre riuscirono a mantenersi separati. Ma la base della laicità, la distinzione fra "temporale" e "spirituale" era solida e nei secoli successivi si sarebbe ulteriormente specificata ed arricchita, pur passando attraverso devastanti battaglie combattute per l'autonomia del potere politico rispetto al potere ecclesiastico e di quello ecclesiastico rispetto al potere politico; battaglie che hanno contrassegnato e insanguinato la storia europea. Milioni di esseri umani hanno subito gli effetti devastanti di tali conflitti. Alla pretesa delle Chiese (sia cattolica che riformate) di conquistare alla proprie verità assolute le anime dei fedeli, anche utilizzando roghi e torture, si accompagnavano i conflitti fra potere civile e potere religioso.

Nonostante gli sforzi "e i meriti del glorioso studio di Bologna", di Odofredo, Azzone, Accursio, che avevano distinto sul piano teorico i due ambiti - il potere spirituale "cui praest papa" e il potere temporale "cui praest imperator" - i conflitti furono inevitabili [Ruffini 1992, 139]. In taluni casi i conflitti hanno portato alla prevalenza della sfera temporale; in altri di quella spirituale. Essi hanno riguardato il cuore stesso dell'uno e dell'altro potere, fino a toccare gli stessi titoli di investitura dell'uno o dell'altro: o l'investitura del Papa e dei Vescovi o quella dei Sovrani. In alcuni casi e periodi la Chiesa ha potuto prendere il sopravvento sul potere civile assumendo posizioni di tipo "teocratico" o, più blandamente, in epoca più moderna, *confessionista*, in altri è successo l'opposto assumendo il potere civile posizioni di tipo "cesaropapista" o, sempre in epoca più moderna, di tipo "giurisdizionalista".

Detti conflitti hanno preceduto od accompagnato la costruzione in Europa degli stati moderni. I germi del costituzionalismo moderno si affermano proprio nel corso di queste battaglie, attraverso l'affermazione della *incompetenza* del potere religioso *in temporalibus* e del potere civile *in iura sacra*, negli affari religiosi e nell'ordine spirituale. La prima si affermerà definitivamente, e in maniera netta, con il Concilio ecumenico Vaticano II, la seconda con la piena affermazione del costituzionalismo. Proprio tale collegamento con la costruzione degli Stati moderni spiega le maggiori difficoltà nel rompere i legami fra Trono ed Altare nei Paesi corrispondenti all'Impero romano d'Oriente, ulteriormente accresciuti sia dalla lontananza fisica del Papato, sia dalla maggior durata di tale Impero. Lo Zar di tutte le Russie, che di tale Impero, si considerava erede, è rimasto fino alla fine Capo della Chiesa russa, il cui Sinodo era convocato da un suo delegato.

Come è stato messo in rilievo il significato più profondo del costituzionalismo liberale "non appartiene né alla politica dello Stato che rivendica la propria libertà dalla Chiesa e che anzi pretende di assoggettarla, né alla politica della Chiesa che vuol liberarsi dalla ingerenza statale ....ma appartiene al loro stesso conflitto, che elide molte delle loro rispettive pretese e rende possibile, così, il libero svolgimento della coscienza degli individui" [De Ruggiero, 1949, 423]. Successivamente lo Stato moderno, dopo le rivoluzioni costituzionali, avrà bisogno di trovare nelle tecniche del costituzionalismo quei limiti che prima trovava al di fuori, nelle regole dell'etica o nei vincoli della religione. Tali tecniche peraltro troveranno alimento - come è noto - nel Regno Unito dove - potrebbe sembrare paradossale - tuttora si procede alla incoronazione, e all'unzione con l'olio sacro, dei *Sovrani di Inghilterra* da parte dell'Arcivescovo di Westminster. Ma si tratta di gesti ormai solo simbolici. Del resto carattere più di "benedizione propiziatrice" che di vera e propria

incoronazione ha l'intervento di autorità vescovili o pastorali tuttora previsto in altri Paesi in simili occasioni.

### 3.1. *La subordinazione del potere politico al potere religioso. Dai regimi teocratici ai regimi confessionisti*

La conquista della progressiva autonomia del potere civile da quello religioso inizia alle soglie della costruzione dello stato moderno, sulle cui basi si determina la crisi del costituzionalismo medievale e la lenta crescita del costituzionalismo moderno [van Caenegem, 2003, 91 ss].

Sebbene la Chiesa cattolica abbia sempre riconosciuto la distinzione fra diritto e sfera religiosa, fra la Città dell'uomo e la Città di Dio, tuttavia per secoli aveva teso a fondare la legittimazione del potere politico direttamente sulla Divinità: "*omnis potestas a Deo*" secondo la citatissima formula di San Paolo ripresa da Bonifacio VIII nella Bolla *Unam sanctam* con la formula "*subesse Romano Pontifici omnes humanae creaturae declaramus*". Da qui la pretesa dei sovrani (prima gli imperatori, poi i re) di sentirsi legittimati per diritto divino (anche se Tommaso d'Aquino aveva detto "*sovranitas est a Deo per populum*") ma sempre da qui la pretesa della Chiesa, e quindi del Papa, di procedere alla consacrazione dei Sovrani. Due incoronazioni - quella di Carlo Magno, re dei Franchi, "*vescovo dei vescovi*" consacrato da Leone III imperatore nel Natale 800 a Roma (con la formula "*a Carlo piissimo, augusto e giusto, incoronato da Dio, grande e pacifico imperatore, vita e vittoria*"); quella di Carlo V, re di Spagna e dei Paesi bassi, consacrato da Clemente VII imperatore a Bologna, a San Petronio, nel 1530 - rappresentano emblematicamente tale supremazia carismatica del Papato. La prima perché creò il precedente: fu voluta da Leone III, senza alcuna sollecitazione da parte di Carlo Magno, per delegittimare l'Impero di Oriente con cui era in conflitto e rafforzare il proprio potere, insidiato dal patriziato romano [Barbero 2006]. La seconda perché fu imposta al Papa dallo stesso Carlo V, impegnato peraltro a difendere il cattolicesimo contro turchi e protestanti. Ad essa spesso corrispondeva nella periferia dell'Impero, ad opera dei Vescovi, la consacrazione dei titolari di Benefici laici, di re, duchi, principi. Ancora nel 1864 la Chiesa con la proposizione LIV del *Sillabo* rivendicherà la sottoposizione dei poteri sovrani alla giurisdizione del Pontefice.

Ma sono pagine progressivamente chiuse con l'avvento dello Stato moderno. L'emergere delle prime realtà comunali in Italia e delle monarchie nazionali nel resto d'Europa da un lato e la riforma protestante dall'altro mettono in crisi la *Res publica christiana* che postulava la unità spirituale dell'Europa, e quindi la piena compenetrazione fra i due poteri. L'autonomia del "politico", delineata da Machiavelli (1469-1527), il concetto di sovranità teorizzato da Jean Bodin (1530-1596), il contratto costruito da Thomas Hobbes (1588-1679), rappresentano momenti importanti di costruzione dell'autonomia degli stati. *Auctoritas non veritas facit legem* affermerà Hobbes preoccupato per le guerre di religione; *silete Theologi in munere alieno* aggiungerà Alberico Gentili (1552-1608). Su queste basi prevarrà la pretesa di avocare allo Stato la pienezza della sovranità anche nella sfera religiosa, fino a riprendere per lo Stato, secolarizzandoli, modelli propri della teologia [Schmitt 1972, 62 ss. e 1992, 11ss]: *cuius regio, eius religio* sancirà la pace di Augusta nel 1555, così affermando la preminenza della obbligazione politica nei confronti del sovrano rispetto a quella religiosa. Apparirà fuori tempo la incoronazione voluta da Napoleone, che pretenderà di essere consacrato da Pio VII il 2 dicembre 1804 a Notre Dame ma che cinque anni dopo anetterà lo Stato della Chiesa e caccia in esilio lo stesso

Pio VII riaffermando la forza del potere civile. Non è privo di significato che Napoleone - come testimonia anche il celeberrimo quadro di David - abbia preso in mano la Corona dal Papa collocandosela da sé sul capo, all'evidente scopo di depotenziare la legittimazione pontificia.

Anche in epoche a noi più vicine, e in forme diverse, non è sconosciuto il tentativo di legittimare o sostenere regimi politici attraverso il contributo attivo del potere ecclesiastico. Ove il sostegno delle Chiese porti a modifiche della legislazione in senso favorevole alla religione dominante in tal caso si parla di *regimi clericali o di tipo confessionista*. Per quanto riguarda la Chiesa cattolica il riferimento è alla Spagna di Francisco Franco o al Portogallo clericofascista degli anni trenta-cinquanta (più complessi i rapporti con l'Italia di Mussolini che, come vedremo, tendeva a fare dello Stato stesso la fonte dell'etica ed ebbe conflitti con la Chiesa per quanto riguarda la educazione dei giovani). Ma si tratta di forme indirette di sostegno, peraltro non sempre espressamente dichiarate, che riguardano la sfera della politica, senza i risvolti istituzionali che sono propri dei regimi teocratici.

Si può citare altresì, nella stessa direzione confessionista, il rapporto fra alcuni Stati europei e la Chiesa ortodossa, vissuta spesso come Chiesa nazionale. Si possono ricordare a tal proposito taluni momenti della storia della *Grecia*, la cui Costituzione tuttora prevede (art. 2, comma 3) il divieto di traduzione delle Sacre scritture in versioni non autorizzate dalla Chiesa autocefala greca e dalla Grande Chiesa di Costantinopoli (ma si possono citare anche analoghe norme nella Costituzione della *Georgia* e della *Bulgaria*). Non si può parlare di regimi confessionisti in quei Paesi democratici, fra cui l'Italia degli anni cinquanta e sessanta, in cui una forma di ingerenza confessionale si è realizzata in modo indiretto attraverso l'autonoma azione di partiti cattolici, anche se la unità politica dei cattolici in unica formazione politica è stata talvolta sostenuta e raccomandata direttamente dalla Santa Sede [Scoppola, 2006, 94 ss].

I regimi confessionisti, anche se si basano sulla preminenza della confessione religiosa sul potere civile, in realtà si traducono in un progressivo asservimento della stessa confessione religiosa, chiamata a fare da sostegno al potere politico. La Spagna falangista ne è un esempio: se con il Concordato del 1953 la Chiesa otteneva una serie di privilegi, dall'essere considerata Religione di Stato al privilegio del "*Foro ecclesiastico*", doveva però accettare il consenso del Governo alle nomine dei Vescovi fino all'impegno a pregare quotidianamente per la Spagna e il Suo Capo. L'esempio degli Stati Uniti è altrettanto eloquente. Con l'inserimento della "*No establishment clause*" nella Costituzione americana - di cui parlerò più avanti - si sancì la netta separazione tra Stato e religione con ciò garantendo a tutti i cittadini la libertà di praticare la fede che preferivano e impedendo alle istituzioni di governo di promuovere (o limitare) qualunque Chiesa o filosofia religiosa ma il riflesso di questa norma, per tradizione consolidata, è che le istituzioni religiose, a loro volta, devono esimersi dall'esprimere opinioni o esercitare influenze troppo invadenti rispetto alle questioni politiche.

### *3.2 La subordinazione del potere religioso al potere politico. Giurisdizionalismi antichi e contemporanei*

Alla pretesa della Chiesa di legittimare imperatori e sovrani corrispondono i tentativi di questi ultimi di capovolgere i rapporti, mettendo in discussione in vario modo *iura et libertatem* del Papato e talvolta teorizzando che la Chiesa per svolgere il suo mandato ha bisogno di una tutela civile, che il Pallio papale ha bisogno dello Stendardo imperiale. I

due poteri, entrambi universali, il Papato e l'Impero, rivendicano una *potestas* dell'uno sull'altro rendendo inevitabile il conflitto. I precedenti si trovano negli stessi primi secoli di vita del cristianesimo, da Costantino in poi (che, come si è visto, convocò il Concilio di Nicea ma -pare- scavalcando inizialmente Papa Silvestro) ma si accentuarono alla fine dell'anno Mille. Il periodo più aspro riguarda il conflitto sulle "investiture" ecclesiastiche. Intercede tra il 962, anno in cui l'imperatore Ottone I ottiene (dopo avere confermato la pretesa *Donazione di Liutprando* dei territori pontifici) che i Papi e i Vescovi avrebbero dovuto essere confermati dall'Imperatore (*privilegium Othonis*), e il 1122, anno in cui con il Concordato di Worms fra Callisto II ed Enrico V (forse il primo dei Concordati) si trova un equilibrio con la doppia investitura dei Vescovi, laica (*per sceptrum*) ed ecclesiastica (*per anulum*). Dal 962 al 1076 la subordinazione della Chiesa aveva dato luogo a vivaci movimenti riformatori per conseguire la *libertas Ecclesiae* che troveranno una spinta in un Monaco del Monastero di Cluny, *Ildebrando di Soana*, il quale divenuto Papa nel 1073 con il nome di *Gregorio VII* scomunica l'imperatore *Enrico IV*, e libera i sudditi dal giuramento di fedeltà (prerogativa allora riconosciuta al Romano pontefice). Tale reazione porterà nel 1077 a *Canossa* l'Imperatore umiliato di fronte a Gregorio VII ed aprirà lentamente la strada a un tormentato compromesso fra i due poteri, fra i "due soli ...che l'una e l'altra strada facean vedere, e del mondo e di Dio" [Dante, *Purgatorio* XVI, 108 e più ampiamente nel *De Monarchia*].

Declinato l'Impero il conflitto si sposta nelle relazioni della Chiesa con gli Stati, la cui sovranità viene conquistata combattendo su più fronti, l'Impero, il Papato, i privilegi feudali o le immunità comunali fino -come abbiamo visto- alla nascita dello Stato moderno, a partire dalla pace di Westfalia in poi (1648). Le forme di protezionismo religioso volte a ingerirsi nell'esercizio del potere spirituale saranno alimentate nel XVII e XVIII secolo dalle dottrine del *giurisdizionalismo*, che pretenderanno di assicurare allo Stato la funzione di protettore della Chiesa e della fede [Jemolo 1914]. Tali dottrine assumeranno diverse forme, da quelle del *regalismo* (che in Spagna teorizzavano i diritti del monarca *circa sacra*, anche in relazione a questioni di fede), o del *gallicanesimo* in Francia, a quelle più moderne del *leopoldismo* o del *tanuccismo* (rispettivamente in Toscana e a Napoli), del *febronianismo* (negli stati tedeschi) o del *giuseppinismo* (nell'Impero asburgico, nella seconda metà del Settecento, per effetto delle riforme ecclesiastiche, talune di ispirazione giansenista, volute prima da Maria Teresa e poi da Giuseppe II d'Asburgo). Ad esse si aggiungeranno le dottrine *giusnaturaliste*, soprattutto tedesche e dei Paesi Bassi (Pufendorf, Thomasio, Grotius), che contribuiranno a sottolineare il carattere non istituzionale ma "corporativo" delle Chiese, e quindi necessariamente pluralistico. Queste forme di ingerenza saranno decisamente condannate dalla Chiesa, che si considerava "*societas vera et perfecta*" nel suo ordine (proposizione XIX e seguenti del *Sillabo*), ma esse rappresenteranno l'altra inevitabile faccia della affermazione della "*religione cattolica come unica religione dello Stato*" perseguita dalla stessa Chiesa nei medesimi Paesi e con gli stessi documenti (proposizione LXXVII del *Sillabo*).

L'assolutismo illuminato e riformatore rivendicherà la potestà degli Stati nella censura sulla stampa, nella disciplina dei beni e della manomorta ecclesiastica, nella disciplina degli istituti di carità, nella materia della istruzione pubblica (potestà condannata con particolare vigore nella proposizione XLV del *Sillabo*), nella formazione dei legami matrimoniali (mentre la Chiesa riterrà unico legittimato il Sacramento religioso), nella tenuta dei registri dello stato civile, nella regolamentazione delle sepolture, nell'abolizione del diritto d'asilo e dell'immunità degli ecclesiastici. Non a caso su questi temi saranno

impegnati, anche in Italia, illuministi come Pietro Giannone, Ludovico Antonio Muratori, Pietro Mattia Doria. Ma gli Stati rivendicheranno anche poteri che li porteranno a intromettersi negli affari religiosi: lo *ius protectionis* nei confronti della Chiesa, l'*exequatur* o il *pareat* sulle nomine dei Vescovi (condannato dalla proposizione XLI del *Sillabo*) o persino lo *ius nominandi* degli stessi o la giurisdizione in ordine alla attività delle congregazioni religiose (fino ad arrivare alla soppressione in vari stati dell'Ordine dei Gesuiti) o il *placet* nei confronti di deliberazioni attinenti la stessa materia della fede o lo *ius appellationis* dei cittadini contro decisioni dell'autorità ecclesiastica.

Numerose le ragioni del conflitto in Francia prima con la monarchia (soprattutto da Filippo il Bello in poi) che cercò di fare della Chiesa, rivendicando le "libertà gallicane", una istituzione nazionale (l'alto clero era il primo dei tre stati che componevano gli Stati generali) poi per effetto della Rivoluzione che diede vita a una "costituzione civile del clero". Ma non mancarono conflitti in Spagna (conflitto che portò alla allocuzione *Nemo vestrum* di Pio IX del 1855 contro il governo liberale che aveva abolito i privilegi concordatari e che nel 1868 introdurrà il matrimonio civile); in Sicilia (per la controversia sulla "Legazia apostolica", ovvero il potere dei Re di Sicilia di decidere in ultima istanza sulle cause ecclesiastiche cui il Regno italiano, subentrante, rinuncerà solo nel 1871 con l'art. 15 della Legge delle Guarentigie); in Svizzera (per l'azione ostile dei Cantoni protestanti) ma anche in Messico (dove la rivoluzione di Benito Juarez nel 1855 aveva portato a posizioni anticlericali e alla riduzione della Chiesa al diritto comune); in Colombia (per le leggi eversive del 1863).

Legate anch'esse alla costruzione di uno Stato nazionale le ragioni dello scisma nella Chiesa di Inghilterra operata da Enrico VIII nel 1534 dopo uno scontro con il Lord cancelliere Tommaso Moro, mandato al patibolo perché rimasto fedele alla Chiesa romana. Dietro le note vicende personali di Enrico VIII stavano, in realtà, le spinte per la costruzione di una monarchia nazionale. Successivamente non mancheranno i conflitti fra la Corona e le gerarchie anglicane (anche in epoche più vicine) ma essi saranno fortemente attutiti dal fatto che lo Stato e la Chiesa erano legati dalla comune dipendenza dal Sovrano, cui è riconosciuto il ruolo di Capo della Chiesa anglicana. Paradossalmente, come accennavo, proprio tale comune dipendenza ha consentito, di fatto, quella progressiva autonomia dell'un potere rispetto all'altro che si è affermata nel corso della evoluzione del costituzionalismo inglese. Tale autonomia è cresciuta in parallelo con lo sviluppo del costituzionalismo inglese e la conquista della libertà religiosa, ponendo fine ai conflitti con i presbiteriani, con i cattolici e con le altre religioni minoritarie. Decisa in tal senso l'azione dei Battisti, della Scuola scozzese, che fu incubatrice del pensiero liberale anche nel campo politico-religioso, e la pubblicazione alla fine del Seicento di volumi - che non a caso rappresentano dei classici anche nelle biblioteche dei costituzionalisti - quali nel 1664 l'*Aeropagitica* di John Milton, nel 1685 la *Epistola de Tolerantia* di John Locke, e nel 1670 in Olanda, ma diffuso anche in Inghilterra, il *Tractatus Teologico-politicus* di Spinoza (per cui la *securitas* dello Stato deve tendere alla *libertas*, anche religiosa dei sudditi), nonché il diffondersi in Europa delle idee del "Socinianesimo", prevalentemente rivolto a combattere le forme di persecuzione religiosa o di intolleranza dei paesi protestanti. La nomina da parte del Primo Ministro dei Vescovi anglicani, tuttora praticata, o la presenza di alcuni vescovi anglicani nella Camera del Lord non riflettono da tempo una effettiva commistione della Chiesa con il potere politico (già nel 1829 era cessato l'ostracismo dei Duchi di Norfolk, discriminati perché cattolici). Ed altrettanto può dirsi per la Chiesa Danese definita "Chiesa

*nazionale, sovvenzionata dallo Stato*" dall'art. 4 della vigente Costituzione.

La crescita degli Stati e delle monarchie nazionali porterà ad un ribaltamento della situazione precedente, a forme di crescente invadenza del potere civile sulle confessioni religiose. In tal modo si tenta di affermare l'autonomia dello Stato e, nello stesso tempo, di utilizzare le confessioni religiose per rafforzare il controllo sociale delle nascenti monarchie contro eresie, scismi, manifestazioni eversive del libero pensiero. I Tribunali dell'Inquisizione, per esempio, in alcune nazioni (per esempio in Spagna) rappresenteranno strumenti attraverso cui il potere civile, soltanto coadiuvato da quello religioso, assicurerà la purezza della fede e quindi l'unità del corpo sociale. Le forme che tale invadenza assume sono diverse nei secoli e diverse in relazione al contesto, se cattolico, protestante od ortodosso. Tutte, però, tenderanno a regredire in relazione con la progressiva crescita del costituzionalismo liberale. Come è stato da tempo sottolineato il frutto positivo della ingerenza degli Stati sarà la conquista della libertà religiosa per tutte le confessioni tanto da fare ritenere, in realtà con una certa forzatura, che, in taluni casi, si possa parlare di *giurisdizionalismo liberale* [Ruffini 1992, 385 ss].

Le forme storiche più conosciute di giurisdizionalismo sono di tipo confessionista in quanto capovolgono a vantaggio dello Stato la compenetrazione fra Trono e Altare. Possono tuttavia individuarsi altre forme di giurisdizionalismo che partono, invece, da una diversa ispirazione, agnostica od atea. A tali forme di giurisdizionalismo potrebbe essere ricondotto il tentativo della Cina odierna di dare vita (anche attraverso la nomina di Vescovi da parte del governo cinese) a una Chiesa cattolica "*patriottica*" favorendo uno scisma da Roma. A tali forme può essere ricondotto il modo attraverso cui l'**Unione sovietica** realizzava (e in parte tuttora lo fanno alcune repubbliche ex-sovietiche) forme di controllo sulla Chiesa ortodossa russa, così riproducendo in chiave giurisdizionalista quanto il regime zarista - come ho già detto - aveva realizzato in altre più antiche forme [Ellis 1989].

### 3. 3. *Il separatismo: fra Concordati e sottoposizione al diritto comune*

La progressiva affermazione del principio di laicità reciderà il legame che costringeva la Chiesa a tentare di condizionare il potere politico e il potere politico a imporre forme di controllo sulle Confessioni religiose. In questa direzione si sono mosse le tendenze che vanno ricondotte sotto l'espressione *separatismo*. Inizialmente condannato dalla Chiesa (proposizione LV del *Sillabo*) il separatismo ha trovato uno sbocco in una duplice direzione o nella più cauta affermazione del principio *concordatario* o nella più radicale sottoposizione delle Chiese al *diritto comune*.

Abbandonate le antiche dispute teologiche e giuridiche sulla natura dei concordati (per i papisti indulgente concessione del Pontefice; per gli statalisti atto interno frutto di una decisione sovrana dello Stato; alla fine atto convenzionale fra soggetti entrambi "sovrani") essi hanno svolto una funzione sempre più rilevante dalla fine dell'Ottocento in poi, soprattutto dopo la Enciclica *Immortale Dei* di Leone XIII. L'applicazione del principio concordatario consentirà sia di porre fine ai conflitti fra Stato e Chiesa in varie parti d'Europa, soprattutto a quelli più antichi conseguenti all'instaurazione di regimi liberali (Spagna e Italia, Länder tedeschi), sia più recentemente, sotto il papato di Giovanni Paolo II, di regolare i rapporti con i paesi ex-comunisti, dalla Polonia, alla Lettonia, alla Lituania, alla Estonia, alla Albania ed altri ancora [Bolgiani, Margiotta Broglio, Mazzola 2006].

In particolare il Concordato lateranense, intervenuto nel 1929 fra Mussolini e Pio XI, ha

consentito di chiudere la "questione romana" e di porre fine ai conflitti fra lo Stato italiano e la Chiesa Cattolica, delimitando e regolando materie c.d. "miste". Tali conflitti andavano al di là della rivendicazione italiana su Roma ed erano il riflesso del più generale contrasto, presente in altre parti d'Europa (in particolare per effetto della Rivoluzione francese), fra il liberalismo politico, che anelava alla costruzione di uno Stato moderno, e la Chiesa, ferma ancora alla difesa dell'antico regime. Proprio con l'avvento del regime liberale, dopo lo Statuto albertino, si erano sviluppati i tentativi di dare vita ad un ordinamento laico attraverso leggi che riaffermavano la sovranità dello Stato, ad esempio nel 1850 l'abolizione del Foro ecclesiastico e delle immunità del clero con la legge Siccardi o, ad unificazione avvenuta, la legge Della Rovere che obbligava i chierici al servizio militare. Non erano mancati i tentativi, a forme rovesciate, di invadenza del potere civile su quello religioso. In un clima arroventato che portò, tra l'altro, all'arresto a Torino dell'Arcivescovo che si era rifiutato di dare i Sacramenti al Ministro Pietro di Santarosa furono varate le leggi (fra cui rilevante quella Rattazzi del 1855) che scioglievano gli ordini religiosi incamerandone i beni (leggi n. 777 del 1848; n. 878 del 1855; n. 3036 del 1866; n. 3848 del 1867; n. 1402 del 1873). Nonostante il tentativo di Cavour di delineare "una libera Chiesa in un libero Stato", puntando quindi su posizioni separatiste più che su tentazioni giurisdizionaliste, il conflitto era stato inevitabile e aveva riguardato il regime del matrimonio, l'istruzione, le opere di assistenza (nel 1891 la legge Crispi aveva nazionalizzato le Opere Pie). Con il *non expedit* nel 1874 di Pio IX, che aveva precluso ai cattolici la partecipazione alle elezioni politiche, si era determinata una scissione fra il "fedele" e il "cittadino". Tale scissione (che alcuni cattolici liberali non avevano avvertito: si pensi al cattolicissimo Bettino Ricasoli, successore di Cavour, o al pio Senatore del regno Alessandro Manzoni) si attenuerà con l'enciclica "fermo proposito" di Pio X nel 1905, il Patto Gentiloni nel 1913 e con le elezioni del 1919 ma sarà superata definitivamente dalla Costituzione repubblicana (*rectius*: con la lenta attuazione della Costituzione). Il prezzo pagato nella Costituente - frutto di una convergenza fra democristiani e comunisti, ritenuto dalla parte "laica" dello schieramento politico non necessario od esorbitante - sarà il richiamo nell'art. 7 dei Patti Lateranensi [Long 1990, 165], che solo le modifiche intervenute con gli accordi di Villa Madama nel 1984 e la giurisprudenza della Corte costituzionale renderanno compatibile con i principi costituzionali.

In taluni Concordati è ancora presente l'eco di posizioni giurisdizionaliste, per esempio l'approvazione statale della nomina dei Vescovi o il loro giuramento nelle mani del Capo dello Stato (persino in due Dipartimenti, l'Alsazia e la Mosella, dell'ultra separatista Francia per effetto del vecchio concordato napoleonico i Vescovi sono nominati con Decreto del Presidente della Repubblica) o di posizioni confessioniste (per esempio il ruolo dell'insegnamento religioso o la proclamazione della religione cattolica come religione dello Stato,) ma essi, combinandosi fra loro, hanno rappresentato lo strumento che ha consentito la coesistenza dei due ordini.

Quanto i Concordati siano compatibili con la piena affermazione del principio di laicità dello Stato è problema tuttora aperto (ed ogni tanto riemergono in Italia tentazioni abolizioniste). Mentre il principio concordatario ha riguardato soprattutto regimi attraversati da precedenti forti conflitti fra Stato e Chiesa, e per lo più Paesi a maggioranza cattolica, in altri Paesi, in cui più forte era il pluralismo religioso, prevaleva la sottoposizione delle varie confessioni al diritto comune, secondo il modello affermato negli Stati Uniti d'America. In ogni caso occorre fare attenzione alla sostanza: il *nomen* Concordati, anche quando sia mantenuto, comprende oggi contenuti molto diversi e più ristretti rispetto al

passato; le forme più stringenti di condizionamento reciproco, dal consenso alle nomine vescovili alle cerimonie pubbliche affidate per vincolo giuridico alla religione maggioritaria, sono scomparsi o appaiono residui del passato.

#### 4. La laicità come garanzia della libertà religiosa e del pluralismo confessionale

Dalla difesa del potere civile rispetto alle confessioni religiose, dello Stato rispetto alla Chiesa, e della Chiesa rispetto all'invadenza del potere civile si passa con la piena affermazione del costituzionalismo liberaldemocratico alla difesa della libertà stessa del cittadino e delle sue formazioni sociali, fra cui le confessioni. Si passa progressivamente dal rapporto fra poteri alla tutela dei diritti dei cittadini. Ne deriva che la definizione della laicità quale garanzia della libertà e del pluralismo religioso è oggi la definizione classificatoria più consueta [Rimoli 1995, 1 ss.; Cardia 1990, 876; Guerzoni 1967], anche se generica e non esauriente.

Il costituzionalismo, come è noto, trova impulso nelle tre grandi rivoluzioni dell'Occidente. Per effetto delle stesse la struttura del potere andrà progressivamente modellandosi in funzione della tutela dei diritti dell'uomo, fra cui in primo piano il riconoscimento della libertà religiosa, cui seguirà la libertà di coscienza e la libertà di espressione del pensiero. La prima è la "*glorious Revolution*" inglese del 1688-1689 che porta alla approvazione il 13 febbraio 1689 del *Bill of Rights*. Questa dichiarazione conferma la libertà religiosa, affermata già nell'*Agreement of the people* del 1649 (punto 11), ma pone una serie di vincoli contro le posizioni "papiste". La seconda è la rivoluzione americana che inizia con la Dichiarazione di indipendenza del 4 luglio 1776 e trova un significativo punto nel primo emendamento alla Costituzione del 1787 approvato nel 1791. In base a questo emendamento "*Il Congresso non potrà fare nessuna legge che stabilisca una religione di Stato o che proibisca il libero esercizio di una religione o che limiti la libertà di parola o di stampa...*". Anche se non fu estraneo il tentativo dei Costituenti di sottrarsi alle possibili lotte fra le varie sette protestanti sparse negli Stati confederati è evidente l'eco del Patto sottoscritto "*nell'anno del Signore 11 novembre 1620*" sulla nave *Mayflower* dai puritani inglesi che sfuggivano alle persecuzioni religiose nella madrepatria.

La terza è la rivoluzione francese basata sui principi proclamati dalla Dichiarazione dei diritti del 26 agosto 1789 che verrà esportata dalle armi napoleoniche dando vita alle prime costituzioni europee. Dietro le iniziali posizioni ateiste e neogallicane -il culto della Dea Ragione o la costituzione civile del Clero- ne erano un significativo emblema - avanzano più maturi principi liberali e separatisti.

Alla base del costituzionalismo liberaldemocratico stanno le filosofie contrattualiste. In particolare ci si può riferire - per tutti - a *John Locke* (1632-1704), le cui idee influirono - come ho prima detto - sull'Olanda e sull'Inghilterra ma furono ampiamente riprese anche dai padri fondatori americani. Per Locke gli uomini hanno, quale diritto naturale, il diritto alla vita, il diritto alla proprietà, il diritto alla libertà, il diritto alla difesa e alla vendetta. Per meglio difendere questi diritti gli uomini danno vita per contratto a un'autorità sovrana. In forza di tale patto (presupposto più che posto) i compiti dello stato sono limitati all'obiettivo della difesa dei diritti. I "diritti dell'uomo" sono quindi "riconosciuti" non "creati" e hanno il primato su ogni valore che li trascenda e al loro servizio è subordinato lo stesso potere pubblico ("governo limitato"). Se lo Stato è frutto di una decisione degli uomini di conseguenza il diritto e lo stato trovano il loro fondamento nella

volontà degli stessi associati; non è più concepita una legittimazione del Sovrano che trascenda la volontà dei consociati. Venivano in tal modo colpite e rese prive di fondamento le concezioni teocratiche. La legittimazione non proviene da Dio ma o dalla sovranità della Nazione o dalla sovranità del Popolo, vale a dire da un contratto sottoscritto da individui titolari di diritti naturali [Barbera 2006]. Come in modo chiaro afferma la Dichiarazione dei diritti della Virginia (sez. 2) *“Tutti i poteri derivano ed appartengono al popolo ... i magistrati sono i suoi amministratori e servitori e in qualsiasi momento responsabili di fronte ad esso”* e, aggiunge, (Sez. 1) *“tutti gli uomini sono per natura egualmente liberi ed indipendenti ed hanno determinati diritti innati dei quali, quando entrano nello stato di società non possono per nessun contratto privare né se stessi né i propri posteri.* Non è privo di significati che le opere di Locke - in particolare i due *“Trattati sul governo”* - siano stati preceduti e seguiti da numerosi scritti sulla tolleranza religiosa, in uno dei quali scrive: *“non è compito del magistrato ...mettere in guardia con leggi e brandire la spada contro tutto ciò che ritiene un peccato davanti a Dio”* [Locke ora 1977, p. 161] giacché non è la pluralità delle opinioni o dei culti che turba il bene pubblico ma solo il pretendere di imporne qualcuno.

Altro punto fondamentale del costituzionalismo liberaldemocratico - stavolta di ascendenza giacobina - è la *“cittadinanza”*, unico titolo che legittima l'acquisizione di diritti e doveri, non l'appartenenza ad una confessione religiosa (come nell'Irlanda del Nord nel XVIII secolo in cui si ammettevano al voto solo i protestanti o in quei paesi che escludevano gli ebrei dai diritti politici) né l'appartenenza ad una corporazione o a una classe (l'aristocrazia come nello *“ancien régime”* o la classe operaia come nelle prime costituzioni sovietiche). E' pertanto garantito il principio di *eguaglianza* e la legge, *“sia che proibisca sia che permetta”* (art. 6 della Dichiarazione francese dei diritti), è quindi *“generale”* e non consente privilegi, immunità, esenzioni, fori privilegiati per ecclesiastici o aristocratici. Corollario, e presupposto, del principio di eguaglianza è la certezza e prevedibilità della legge garantita dalla separazione dei poteri. Senza di essa il giudice diverrebbe legislatore per il caso concreto, portato a guardare non al fatto da valutare ma alla personalità del soggetto da giudicare. Il passaggio dallo *status* alla cittadinanza accompagna dunque il passaggio al principio di laicità.

La rivendicazione della libertà religiosa, dunque, è alla base del costituzionalismo stesso, lo precede e lo fonda. Essa comporta che *“è libero ciascun di abbracciare e professare quella religione che colla scorta del lume della ragione avrà riputato essere vera”*. Ho usato una definizione, che trovo limpida, contenuta nella XV proposizione del *Sillabo* ma additata *“come principale errore dell'età nostra”*. Bisognerà attendere il Concilio Vaticano II perché la Chiesa possa rivalutare la libertà religiosa ed accettare il pluralismo religioso.

Il costituzionalismo liberaldemocratico trova alimento, lo dicevo prima, nello stesso messaggio cristiano ma tale rapporto sarà più fecondo nell'Europa protestante. Anche se non va dimenticato il fondamentalismo intollerante di alcune confessioni protestanti (contro cui non mancherà di scagliarsi Voltaire nel *Trattato sulla Tolleranza*) in essa si affermerà progressivamente il pluralismo delle confessioni e quel libero esame delle Sacre Scritture che la Chiesa Cattolica e il Cardinal Bellarmino non avevano consentito neanche sulla base delle osservazioni scientifiche di Galileo Galilei [De Ruggiero 1949, 97ss].

Il costituzionalismo di ispirazione liberaldemocratica accomuna ormai, dopo la caduta del muro di Berlino (1989) e il crollo di vari Stati autoritari (Spagna, Portogallo, Grecia, Cile, Argentina), la grande parte degli Stati dell'Occidente. Un

tentativo di allargare i confini del costituzionalismo al di là dei confini nazionali è stato operato a metà del Novecento con le dichiarazioni universali dei diritti dell'uomo (da quella del 1948 in poi) sotto la spinta del "Manifesto delle quattro libertà" di F.D. Roosevelt (proclamato nel 1941 in piena guerra) che annoverava, accanto alla "libertà dal bisogno", alla "libertà dalla paura", al "diritto di parola" anche il "diritto di adorare Dio a proprio modo". Tuttavia tanta altra parte del mondo è ancora estranea a tali principi, dai paesi ispirati al fondamentalismo islamico ai regimi moderati ma autoritari di Africa, Asia, Medioriente, a taluni stati ancora comunisti, a una parte della stessa Europa - taluni paesi ex sovietici o a stretto confessionismo ortodosso - meno influenzata dal costituzionalismo liberaldemocratico [de Vergottini 1998, 63 ss].

Anche nel campo dei regimi liberaldemocratici la situazione è in movimento. In una approfondita monografia Stefano Ceccanti ha mostrato come nel corso di questo secondo dopoguerra, prima con la caduta dei regimi clerico-fascisti di Spagna e Portogallo, poi con il crollo dell'Unione sovietica e dei regimi comunisti dell'Est, si sono fortemente avvicinate posizioni simmetricamente opposte, di "confessionismo" dei primi e di "separazione ostile" dei secondi. Negli stessi decenni si sono attenuate posizioni tradizionalmente ostili e anticlericali in Messico (che ha riformato nel 1992 norme illiberali che arrivavano a proibire l'abito talare) o tradizionalmente confessioniste in Quebec. Nella stessa Francia, fin dal 1959 con la approvazione della legge Debrè, ci sono state significative aperture verso le confessioni religiose nel campo dell'istruzione. Le difficoltà che tuttora permangono in Russia, cui prima accennavo, passata dalla ostilità verso le libertà religiose ad una posizione di sostanziale privilegio per la Chiesa Ortodossa (conseguente alla sconfitta delle posizioni meno illiberali -sul punto - della presidenza Eltsin) sono espressione delle difficoltà che incontra quel paese nel recepire i principi del costituzionalismo liberaldemocratico [Ceccanti 2001, 75 ss].

## 5. Una pluralità di modelli di laicità. Il fenomeno religioso nello spazio pubblico

Diversi, anche se la matrice è comune, i modelli del costituzionalismo liberaldemocratico. Diversi quindi - nonostante gli avvicinamenti prima ricordati - gli stessi modelli di laicità. Laicità significa uguale libertà delle religioni rispetto allo Stato ovvero significa anche indifferenza della sfera pubblica rispetto al fenomeno religioso? Significa neutralità e imparzialità dello Stato rispetto alle varie confessioni religiose o implica necessariamente che la religione sia confinata nell'ambito della soggettività privata? La risposta a queste domande è legata alla risposta ad una altra domanda: la laicità deve essere "aperta" o ha bisogno di essere "protetta"? Uso qui questa contrapposizione, che preferisco ad altre, per simmetria con la contrapposizione fra democrazia "aperta" e democrazia "protetta".

### 5.a La laicità "aperta"

La prima via è stata seguita dagli *Stati Uniti* dove il principio di laicità è garantito da un lato assicurando il massimo di libertà e di pluralismo religioso e dall'altro assicurando l'eguaglianza di tutte le confessioni, sottoponendole anzi a un diritto comune. Contemporaneamente è garantito a tutte le confessioni uno spazio pubblico tanto da ammettere formule di giuramento ispirate a simboli religiosi, preghiere pubbliche, cerimonie pluriconfessionali nelle stesse sedi parlamentari. I motti nazionali sono "One Nation under God" e "God bless America". Nelle monete nazionali sono stabiliti per legge

-approvata nel 1907 - simboli religiosi, l'Occhio di Dio e il motto "in God We trust" . Il Presidente degli Stati Uniti giura sulla Bibbia . Altrettanto fanno i membri del Congresso e di recente è stato concesso al primo parlamentare di fede musulmana - Keith Ellison - di giurare sul Corano [La Repubblica del 4 gennaio 2007] . I *founding fathers*, che non avevano una comune fede religiosa , cercheranno la legittimazione del potere statale - che il vecchio continente individuava nella continuità dinastica dei Sovrani regnanti e in una "established Church" - in una comune essenza federatrice, in una comune, anche se variamente alimentata, religione civile [de Tocqueville, 1968, 343].

Lo spazio pubblico è aperto ai valori religiosi . E' la via della *religious freedom* diversa dalla strada della "laïcité", termine peraltro intraducibile in lingua inglese. E' la via della libertà e del pluralismo religioso, ma non della indifferenza rispetto al sentimento religioso. Con l'inserimento della "No establishment clause" nella Costituzione americana - come ho già accennato - si sancì la netta separazione tra Stato e religione con ciò impedendo di promuovere o favorire qualunque confessione religiosa ma non fu escluso un rilievo pubblico ai sentimenti religiosi.

Sono passati 80 anni da quando Francesco Ruffini affermava che negli Stati Uniti "vi è separazione *dello Stato dalle Chiese non assolutamente separazione dello Stato dalla Religione*" [Ruffini 1992, 336]. Con la giurisprudenza della Corte suprema tante cose sono cambiate [Chemerinsky 2001, 1266]. Ma non molto. Il punto di riferimento della giurisprudenza americana per verificare il rispetto del limite costituzionale è il così detto *Lemon test* : verificare se - anche attraverso un qualche *symbolic endorsement* - la misura adottata non implichi un eccessivo coinvolgimento governativo , non abbia l'effetto di favorire o inibire una determinata fede religiosa (*Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 1971) . Un tale effetto lo determina l'obbligo di una preghiera nelle scuole pubbliche (*Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421, 1962) o la esposizione nelle scuole , imposta per legge, dei dieci comandamenti ( *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39, 1980 ) o, più recentemente , l'esposizione degli stessi nelle Corti statali ( *McCreary County v. American Civil Liberties Union of Kentucky*, 545 U.S. 844 2005). Supera invece il test di costituzionalità una legge della California che prevede la recitazione quotidiana di un inno patriottico che include la frase "One Nation under God" ( *Elke Grove School District v. Newdow* 542 U.S. 1, 2004) . Ma non mancano decisioni controverse : l'effetto di *endorsement* - per richiamare una recente e assai discussa decisione di una Corte distrettuale federale - lo determinerebbe anche la decisione di un Consiglio scolastico di presentare agli alunni le teorie del "disegno intelligente " accanto a quelle evoluzioniste (*Kitzmiller v. Dover Area School District*, 400 F.Supp. 2d 707, 2005).

Ma non mancano altri esempi in Europa, soprattutto nei Paesi che hanno conosciuto la riforma protestante, di Paesi in cui il credo religioso ha un rilievo pubblico . A parte l'ordinamento costituzionale del *Regno Unito* che - come abbiamo visto - ha nella Regina il capo della Chiesa riformata (e ha visto nella presenza di Vescovi nella Camera dei Lord un attentato alla sovranità popolare ma non alla laicità dello stato) va ricordato che la *Costituzione tedesca* del 1949 e quella *Svizzera* revisionata nel 1999 hanno un preambolo che si apre con un richiamo "a Dio e agli uomini" la prima e una invocazione "a Dio onnipotente" la seconda . Va altresì ricordato che la *Costituzione danese* del 1953 (art. 4) assegna alla Chiesa evangelica luterana un ruolo di "Chiesa nazionale" e stabilisce (art. 6) che il Re "deve appartenere alla Chiesa evangelica luterana". Non mancano riferimenti anche in Paesi cattolici : la *Costituzione irlandese* si apre con una invocazione alla Santissima Trinità; quella *spagnola* (art. 3) assicura di "tenere conto delle

*convinzioni religiose della società spagnola*"; quella *polacca* ha una formula che mette insieme i valori dei credenti in Dio e quelli di chi attinge gli stessi valori universali "*da altre fonti*".

In quasi tutti i Paesi fin qui citati è garantito l'insegnamento religioso nelle scuole. L'art.7 della costituzione **tedesca** lo considera, con alcune eccezioni, materia ordinaria di insegnamento nelle scuole pubbliche mentre la Costituzione **belga** (art.24) prevede l'obbligo dell'insegnamento di una delle religioni riconosciute o "*quello della morale non confessionale*"

Ancor più questi riferimenti sono marcati in altri Paesi in cui è prevalente l'Ortodossia ma evito di citarli in questa sede perché -come ho già detto in riferimento alla Grecia - alcuni di essi sfiorano il confessionismo, talvolta in modo marcato.

In questo quadro si è posto il problema del richiamo nella "Costituzione europea" dei *valori della tradizione cristiana* che accomunano l'Europa. Nonostante le insistenti richieste della Chiesa (e di Giovanni Paolo II in particolare) è prevalsa la linea francese contraria a tale richiamo. Nella stesura definitiva, dopo avere ancorato i diritti della persona ai valori culturali e umanistici, il preambolo si limita a indicare genericamente i valori civili e religiosi da cui l'Europa trae alimento, evitando ogni espresso riferimento alla tradizione cristiana. Nonostante i conflitti laceranti (anzi grazie ad essi) - il rifiuto della dimensione religiosa di talune rivoluzioni liberali da una parte e il rifiuto e la condanna del liberalissimo dall'altra - i valori del cristianesimo e quelli del libero pensiero hanno contribuito ad alimentare il catalogo dei diritti della persona e ad esaltarne la dimensione sociale, ad alimentare, vale a dire, la parte più viva del costituzionalismo europeo. Solo ragioni politiche possono aver giustificato tale rifiuto [Barbera, Prefazione a Weiler 2003].

### **5.b la laicità "protetta"**

La seconda delle vie sopra indicate è propria della *tradizione francese* che tende invece a precludere alle confessioni religiose gli spazi pubblici. Come sottolinea Joseph Weiler la Francia non solo realizza la libertà di religione ma anche la libertà *dalla religione*, costruendo uno stato agnostico [Weiler, 2003, p. 58]. Nel 1905 la Francia si era data la prima legge in Europa sulla separazione Stato-Chiesa promossa da Emile Combes (e le collegate leggi scolastiche del Ministro dell'educazione nazionale Jules Ferry). Essa si basava su tre principi: libertà di coscienza; separazione fra Stato e confessioni religiose; libertà di culto. In forza di tale legge, implicitamente confermata dalla Costituzione del 1946 e da quella del 1958, che hanno sancito in maniera espressa il principio di laicità, vige in Francia non solo la separazione fra Stato e fedi religiose per cui lo Stato non riconosce, sovvenziona o favorisce nessun culto (*laïcité-separation*) ma altresì viene escluso nella scuola e nelle istituzioni pubbliche ogni riferimento, e nei programmi e nei locali, a specifiche fedi o simboli religiosi (*laïcité - neutralité*). Con la Costituzione del 1958 e la legge Debré del 1959 sull'istruzione scolastica sembrava affermarsi un modello di *laïcité ouverte* ma l'esplosione di una "questione islamica" ha fatto riemergere la propensione alla *laïcité de combat* [Ceccanti 2001; Ferrari 2005].

Sulla base di tali principi nella scuola pubblica e negli altri spazi pubblici non sono consentiti l'ostentazione di emblemi religiosi, il Crocefisso o altri simboli; non è consentito l'uso da parte delle donne del velo islamico. Si tratta di norme che sono state confermate prima dalla giurisprudenza del Conseil d'Etat (nel 1989 riferita solo ai docenti) ed estese poi agli studenti dalla Legge 228 del 15 marzo 2004 in attuazione, parziale e criticata, del

c.d. *Rapporto Stasi* che tante discussioni aveva suscitato [Tega 2004]. Negli stessi mesi una Sentenza del *Conseil constitutionnel* (n. 505/ novembre 2004), pronunciandosi sulla ratifica del Trattato costituzionale europeo, ha trovato una corrispondenza tra il principio di laicità ,affermato nell'ordinamento interno, a livello costituzionale e legislativo , con la Carta europea dei diritti .

E' un modello di separazione diverso rispetto a quello americano. In quest'ultimo la separazione tende a proteggere le confessioni religiose rispetto alle possibili ingerenze delle istituzioni federali o statali . Il modello francese tende invece a proteggere lo stesso principio di laicità e le stesse istituzioni repubblicane attraverso una forma di "neutralità attiva" dello Stato [Rimoli 1995,3], una neutralità definita , appunto, "militante".

Hanno certamente influito in tale orientamento i conflitti fra Stato e Chiesa che hanno contrassegnato la storia francese. E' il frutto delle guerre di religione che per secoli avevano insanguinato il suolo francese, dalla strage degli Ugonotti nella Notte di San Bartolomeo alla guerra dei tre "Enrichi". E' il frutto della storia della Repubblica che ha dovuto combattere la Monarchia di diritto divino, legittimata e appoggiata dalla Chiesa Cattolica (in Italia invece la monarchia stessa aveva combattuto contro le ingerenze ecclesiastiche); tanto da fare parlare di *deux Frances (Marianne et l'Eglise)*, l'una inizialmente all'attacco con la "costituzione civile del clero", poi dopo il 1870 sulla difensiva ,ma alla fine vittoriosa, quando la Chiesa dopo il secondo Impero tentò di sbarrare la strada alla Repubblica [Cavana 2004, 117 ss]. E' il frutto dell'illuminismo di Voltaire , dell' *Encyclopedie* di Diderot e D'Alembert , del positivismo di Comte, di Condorcet, di Sant -Simon, di Condillac[Pena Ruiz 2003, 127 ss; Bauberot 2007, 3 ss]. Ma , io credo, si potrebbero citare le radici giacobine del costituzionalismo francese rispetto alle origini contrattualiste del costituzionalismo anglosassone , il primato della politica rispetto al primato della società. E' specifico della cultura giacobina un'impostazione pedagogica volta a rinvenire negli indirizzi politici il fattore di trasformazione della società. La tradizione anglosassone é invece più attenta al consenso e alla capacità di autoregolazione della società e meno incline a forme di intervento dall'alto, ad opera di minoranze illuminate. Di conseguenza spiccata é l'attenzione verso il "pluralismo" e l'inclusione mentre marcata è la diffidenza verso inclinazioni moniste e livellatrici, sia pure di ispirazione democratica [Barbera 1997, 5 ss].

Da non trascurare tuttavia l'influenza della **Costituzione belga del 1831** (revisionata nel 1994 e che dedica al tema quattro articoli, l'11, il 19, il 20, il 21), la prima costituzione su posizioni separatiste; posizioni volute dai rappresentanti cattolici dopo il distacco dalla Olanda ,fortemente influenzata dalle opprimenti Chiese riformate. In particolare fu influente la posizione del cattolico liberale Felice de Lamennais , già autore di una ponderosa opera "*Saggio sull'indifferenza in materia di religione* ", le cui idee saranno condannate da Gregorio XVI con la enciclica "*Mirari Vos*".

Quella francese è una tradizione che non vuole indulgere al "multiculturalismo" e che invece punta a una politica di "integrazione" e di "assimilazione"; politica , peraltro, che ha subito un colpo non secondario con la rivolta della "banlieu" parigina (primavera 2006) non meno grave del colpo ricevuto dal multiculturalismo del Regno Unito con gli attentati di Londra (autunno 2006) e dallo stesso multiculturalismo americano dopo il 2001 [Ferrari S,2005].

In entrambi i modelli , francese ed americano, si realizza in pieno - io credo - il concetto di laicità proprio del costituzionalismo liberaldemocratico. Non mi sento di giungere alla conclusione che la strada francese sia al di fuori dei principi del costituzionalismo perché

fa del principio di laicità una sorta di ideologia di stato né che lo sia la strada nordamericana laddove continua ad elevare il sentimento religioso a religione civile. E' un tentativo di realizzare una protezione contro i pericoli antichi e nuovi che essa può correre. Una posizione non distante - come accennavo - da quelle assunte da altri paesi allorché si pongono il problema della "protezione della democrazia". Si possono accettare o rifiutare posizioni protezioniste ma non è possibile ritenerle al di fuori dei principi del costituzionalismo. Non lo è certamente la Costituzione della Repubblica federale tedesca, che prevede forme di protezione della democrazia, dal controllo di conformità dei partiti ai principi costituzionali alla repressione dell'"*abuso delle libertà costituzionali*" (*Verwirkung von Grundrechten*). C'è da constatare tuttavia che si tratta di posizioni sempre più isolate perché, finora, si è mostrata vincente la sfida delle libertà propria delle democrazie "aperte".

Analoghe forme di protezione della laicità sono presenti in **Turchia**. Questa Nazione, che ha conosciuto nel 1924-1931 la rivoluzione secolarizzante di Kamel Atatürk, vuole così combattere il possibile diffondersi del fondamentalismo islamico. Da ricordare a tal proposito che una decisione della Corte europea dei diritti di Strasburgo - caso *Sahin c. Turchia* (29 giugno 2004), che segue una pista aperta con il "caso *Karaduman c. Turchia*" (Decisione della Commissione 3 maggio 1993) - non ha ritenuto il divieto di portare il velo nelle Università turche una violazione del diritto di professare la propria libertà religiosa [Tega 2005]. Nella sentenza *Kalaç c. Turchia* del 1° Luglio 1997, la Corte ha ugualmente ritenuto legittima la sanzione disciplinare emessa contro un militare che si dava al proselitismo fondamentalista. Così come non ha ritenuto contrario alla Convenzione europea il bando di un partito fondamentalista islamico. Con la sentenza *Refah Partisi (partito della prosperità) e altri c. Turchia* del 13 Febbraio 2003 la Corte europea ha constatato che la laicità ha un posto tale nella Costituzione dello Stato turco da far ritenere che il *Refah* abbia potuto essere legittimamente sciolto e senza con ciò violare la Convenzione europea. In realtà la Corte europea si è mossa con prudenza per evitare intrusioni drastiche e ha finito così per seguire la versione francese della "laicità protetta". D'altro canto anche nella sentenza di *Dahlab c. Svizzera* del 15 Febbraio 2001, riguardante una insegnante del Cantone di Ginevra che aveva subito sanzioni disciplinari perché rifiutava di togliersi il velo, la Corte di Strasburgo ha respinto la richiesta giacché la proibizione di portare il velo a scuola può essere una misura necessaria in una società laica.

## **6. La laicità come garanzia della libertà individuale e del pluralismo politico e culturale**

C'è un altro profilo da aggiungere ai volti della laicità fin qui considerati. Originariamente - come spiega l'uso dell'etimo greco "*laos*" (popolo) - l'espressione "laico" indicava il fedele che non ha gli ordini sacri. In questo senso è ancora usato dal diritto canonico secondo una celebre definizione contenuta nel Decreto di Graziano [Fumagalli Carulli 2003, 119 ss; Ferraboschi 1973]. Successivamente il termine ha assunto un significato più ampio (e confuso) venendo a sottolineare la caratterizzazione di un ordinamento rispetto al fenomeno religioso. Ma il significato dell'espressione è in realtà ancora più ampio e non sempre viene adeguatamente colto: essa sta ad indicare non solo il modo di atteggiarsi di un ordinamento rispetto al fenomeno religioso ma sta altresì ad indicare il rifiuto di ogni

concezione riconducibile al paradigma dello *Stato etico*. Con tale espressione ci si riferisce - come dirò più avanti - ad una concezione olistica - che possiamo definire "statolatra" - che fa dello Stato stesso *la fonte dell'etica* e che nei confronti dei cittadini (in realtà sudditi) assume una funzione *paternalistica*.

Non si può definire tale uno Stato la cui legislazione sia ispirata fortemente a determinati principi etici. Saremmo, in tal caso, di fronte ad uno stato "confessionista" o clericale che abdicerebbe così a porsi esso stesso come fonte di principi etici. Gli stati ispirati al fondamentalismo islamico, ad esempio, appartengono ad un altro *genus*: in essi lo Stato non è fonte di norme etiche ma, al contrario, è compreso nella sua autonomia da fonti religiose esterne.

Il versante opposto allo "stato etico" è lo stato liberale; il versante opposto alla "verità di stato" e alla ideologie stataliste è la libera espressione e circolazione delle idee e delle conoscenze; il versante opposto al totalitarismo etico è il pluralismo politico (e non solo religioso). Laicità significa, in breve, non solo garanzia del pluralismo confessionale ma altresì garanzia del pluralismo di culture e tradizioni diverse [Pulitanò 2006, 57; Galli, 2006, 42].

Tornerò su questi temi discutendo del rapporto fra regole giuridiche e principi etici. Per adesso mi interessa sottolineare le lesioni al principio di laicità derivanti dalle due *religioni secolari* del "secolo breve" che hanno interrotto il filo del costituzionalismo dell'Occidente. Nello stesso cuore dell'Occidente in cui si sviluppava il costituzionalismo covavano esperienze totalitarie che hanno contrassegnato il Novecento. Mentre nella maggior parte dell'Occidente la crisi dello Stato liberale portava alla trasformazione dello stesso in senso più compiutamente democratico in altri Paesi si dava vita a forme statuali di tipo totalitario, o comunque autoritario e statolatra, che hanno messo in discussione un versante importante dello stesso principio di laicità. Allo sterminio di eretici o infedeli si sostituivano le atrocità dei campi di sterminio nazisti o dei *gulag* sovietici.

#### 6.a Le radici comuni alle "religioni secolari"

Mentre per la concezione liberale dello Stato ho fatto riferimento ai contrattualisti, e in particolare a John Locke, per lo Stato etico il riferimento è ad Hegel (1770-1831) la cui visione dell'uomo e dello Stato è opposta a quella contrattualista su cui si è impiantato il costituzionalismo liberale. Faccio riferimento direttamente alle correnti filosofiche - ritengo opportuno precisarlo - perché la storia contemporanea è strettamente intrecciata con la storia stessa della filosofia proprio perché il soggetto principale della storia del novecento, lo Stato, è debitore delle filosofie moderne [Arendt 1996]. Mentre nelle filosofie contrattualiste lo Stato è uno strumento per la tutela dei diritti naturali per le concezioni hegeliane è invece una *realtà spirituale*, inserito in un processo dialettico che parte dall'Idea e attraverso la Natura perviene allo Spirito assoluto: è il farsi, appunto, dell'Assoluto. Lo Stato diventa esso stesso la risposta ai bisogni che l'uomo aveva fino ad allora cercato nelle religioni. L'uomo senza lo Stato non ha né identità né dignità. Anzi lo stato è un momento alto della realizzazione dello Spirito in quanto quest'ultimo si realizza nelle istituzioni storiche proprie del *diritto* (il diritto dei privati), della *moralità* (la responsabilità e i doveri verso gli altri soggetti), dell'*etica* (la famiglia, le istituzioni della società civile e lo Stato).

Lo Stato è la totalità che precede le parti, non è la somma delle parti. Esso è l'opera millenaria della Ragione, la realizzazione dell'Idea. Lo Stato dirà Hegel "è l'ingresso di Dio nel mondo" [Hegel ora 1974, 333 ss]. La Storia è dunque intesa come "processo

razionale” in cui tutto avviene come “deve avvenire “ secondo un disegno “provvidenziale”. La conclusione è netta: dallo Stato i cittadini non devono difendersi ma con esso identificarsi. Lo Stato assorbe, quindi, l’individuo: una concezione “olistica “ opposta alla concezione alla base del costituzionalismo liberaldemocratico, costruito come limite al potere dello Stato (anche se Hegel dedica molta attenzione alla Costituzione dello Stato e alla sua sovranità). Lo Stato - in breve - non è un mezzo ma un fine [Cusimano 1953, 80 ].

Ad Hegel si ispireranno, come è noto, due correnti di pensiero . In primo luogo la c.d. *destra hegeliana* , espressione con cui vengono in genere richiamate le posizioni di Gentile e di altri scrittori della destra fascista, nazista o falangista (o di alcuni precursori come l’hegeliano Bertrando Spaventa :1817-1883). Come scriverà Mussolini nella voce “Fascismo “ dell’enciclopedia Treccani (in realtà attribuita a Giovanni Gentile):“*lo Stato é l’assoluto....individui e gruppi il relativo... Tutto nello Stato, nulla contro lo Stato o fuori dello Stato*”. In tale quadro lo *Stato etico* è uno Stato che ha una missione derivante da valori assoluti (la Nazione,la Razza, un’Idea “universale” dirà Gentile); è basato su un “Capo” (un Duce, un Fuhrer , un Caudillo , un Leader carismatico); su un “partito unico” (perché unico é il sistema di valori da perseguire); sulla valorizzazione delle “gerarchie” ; sulla ricomposizione sociale attraverso strutture di tipo corporativo; sulla “unità spirituale “del corpo sociale.

La scuola di Francoforte, e Marcuse in particolare [Marcuse, 1997,p.427], attribuisce al “falso hegelismo” di Giovanni Gentile l’utilizzazione di Hegel in chiave totalitaria mentre Carl Schmitt sottolineerà che “*lo spirito di Hegel ...(ha) risieduto più a Mosca che a Berlino*”[Schmitt,1972, 147]. E’ ben vero che la torsione operata da Gentile in chiave “attualista” finisce per estremizzare le posizioni hegeliane ed è altrettanto vero che il nazismo prese le distanze da tali posizioni (proprio perché nella concezione nazista lo Stato è solo un apparato subordinato al “Volk”, che costituisce la realtà fondante) ma rimane fermo che per Hegel “*l’universale va cercato nello Stato* “, non nella persona, e che lo “*Stato è la vita morale effettivamente realizzata* “[Popper 1986, p.46].

Allo stesso Hegel si ispirerà la c.d. *sinistra hegeliana* attraverso Feuerbach, Engels e soprattutto Karl Marx (1818-1833). Quest’ultimo capovolge il rapporto fra Stato e società civile costruito da Hegel. Mentre Hegel dava preminenza allo Stato, per Marx è la società civile il principale fattore di civilizzazione e pertanto nega valore sia allo Stato sia all’individuo astratto dai rapporti sociali, dalla sua collocazione di classe .L’essenza dell’uomo ,dirà Feuerbach , é nella comunità ,nell’unità dell’uomo con l’uomo, evitando la scissione ,aggiungerà Marx, fra “ *l’homme*” e “*le citoyen*” , fra “l’uomo concreto” e il “cittadino astratto” , in particolare fra lavoratori e cittadini, che la Rivoluzione francese aveva invece favorito.

Nella versione che ne dà Lenin lo Stato riassume una importante funzione in quanto deve assicurare la funzione storica del proletariato , la cui dittatura è necessaria per porre le condizioni del massimo sviluppo delle libertà e giungere successivamente , nella fase comunista, alla estinzione dello Stato stesso. Siamo di fronte ad una dottrina che, al pari della destra hegeliana, pretende di avere le chiavi della storia e quindi ritiene di essere in possesso di verità assolute; ritiene che la classe operaia ( e per essa il partito della classe operaia), sia in possesso di tali chiavi; accentra in ristretti gruppi la funzione di direzione delle lotte del proletariato (centralismo democratico);pretende coerentemente che le verità di cui è portatrice la storia debbano essere imposte anche con l’uso della violenza rivoluzionaria ed utilizzando a tal fine gli apparati dello Stato socialista.

### 6.b *Due lesioni simmetriche: religione di stato ed ateismo di stato*

Il fenomeno religioso ha un posto eminente in tali concezioni dello stato e della società. Non a caso si è parlato, con riferimento a fascismo e comunismo, di *religioni secolari* che, in quanto tali, sono costrette o a utilizzare o a combattere le confessioni religiose [Mosse 1975; Panunzio 1929, p.229].

Se fascisti e i falangisti hanno utilizzato la religione cattolica fino a farne una *religione di stato*, il nazismo ha preteso di costituirsi esso stesso in movimento con connotati religiosi a sfondo pagano (come ebbe a denunciare lo stesso Pio XI nel 1937 con l'enciclica *Mit brennender Sorge*). In tali regimi comunque la visione totalizzante dello Stato si traduce in una *morale di stato* che si muove secondo logiche autoreferenziali o che può, al massimo, consentire la utilizzazione della religione quale *instrumentum regni*. Non a caso nella legislazione del periodo fascista la religione era un connotato dell'identità nazionale e proprio a tale scopo serviva l'insegnamento religioso. Mentre in base alla legge Casati del 1859 si poteva essere esentati dall'istruzione religiosa su richiesta della famiglia e mentre in base ad una normativa del 1888 l'insegnamento religioso era cessato dall'essere obbligatorio (salvo esplicita richiesta ai Comuni), in varie normative fasciste - peraltro anteriori al Concordato del 1929 - l'esenzione poteva essere concessa solo se i genitori avessero indicato "*in che modo avrebbero provveduto alla istruzione privata di religione*" (art. 112 regio decreto 26 aprile 1928, n. 1297).

L'*ateismo di Stato*, anche se non sempre proclamato, era invece largamente praticato nei regimi di democrazia popolare. Nelle Costituzioni dell'Urss, sia in quella del 1936 (art.124), sia in quella del 1977 (art. 52), è garantita la libertà di culto mentre la libertà di propaganda è ammessa solo se "*antireligiosa*". A queste dichiarazioni si accompagnavano misure come la chiusura di scuole confessionali, l'incameramento dei patrimoni religiosi, lo smantellamento delle attività assistenziali ed altro ancora [Cardia, 1990, 882 ss].

Sotto questo profilo "*religione di stato*" ed "*ateismo di stato*" si richiamano a vicenda e feriscono entrambi non solo il principio di laicità ma i principi stessi del costituzionalismo. Carattere comune è il misconoscimento della libertà di credere o di non credere. Incidono entrambi sul sentimento più profondo della persona. Comuni ad entrambi i regimi - pur così distanti tra loro - è il contrasto con il principio di laicità che non conosce verità assolute da imporre ad altri, né religiose, né ideologiche; che ripudia il fanatismo politico, ideologico, religioso ma sottopone le proprie convinzioni a verifiche critiche (antiideologismo); che rispetta e promuove il pluralismo politico, culturale, religioso. In entrambe le ideologie l'elemento comune è la pretesa che la parte si esaurisca nel tutto, che l'individuo acquisti la propria dignità solo nella comunità, che non abbia una dignità opponibile a quella del tutto.

### 6.c. *Il rifiuto laico dello stato etico. Due settori emblematici : l'educazione dei minori e il diritto penale*

Con questo significato - rifiuto dello stato etico e di ogni verità di Stato - la laicità viene a caratterizzare ancor più lo stesso costituzionalismo liberaldemocratico. E lo caratterizza nel suo aspetto "liberale", ancor più di quello "democratico": non a caso Rousseau mostra tutta la sua diffidenza verso quelle religioni che invece di fare "*della patria l'oggetto dell'adorazione dei cittadini*" tendono a "*rompere l'unità sociale*" [Rousseau, 1979, 837-838]. In questa versione la laicità viene a coincidere pienamente con il carattere liberale di

un ordinamento. Comune ad ogni forma di stato etico è il fastidio per le regole predeterminate e le garanzie. Spiccata è invece la tendenza al “*diritto libero*” [Calamandrei, ora 1968 52 ss], all’attribuzione ai giudici, cioè, di poteri vincolati nei fini (o, ad esempio, la “*sicurezza dello Stato*” o la “*rivoluzione socialista*” o la “*rivoluzione fascista*” o la “*sanità della stirpe*” o comunque la repressione dei nemici o degli infedeli) ma tendenzialmente liberi nei mezzi. La legislazione nazista non esitava a porre come fonte del diritto penale il “*sano sentimento del popolo*”.

Tutti i rami della legislazione sono stati influenzati da tali principi. Mi limito a due riferimenti: l’educazione dei minori e il diritto penale.

Per quanto riguarda il primo - limitandoci all’Italia, che peraltro rappresentò un paradigma per altri stati totalitari - il “*superiore interesse della Nazione*” doveva essere alla base della educazione impartita dalla famiglia e dalla scuola, fino all’inquadramento in apposite organizzazioni giovanili di partito. Ho già prima ricordato l’interesse del regime fascista per l’insegnamento religioso quale fattore di unificazione spirituale ma questo compito doveva essere “*non in contraddizione con la concezione totalitaria dello Stato*”: così ebbe a scrivere Carlo Alberto Biggini, costituzionalista e futuro Ministro dell’educazione nazionale nella Repubblica di Salò - per spiegare il conflitto con Pio XI, due anni dopo la firma del Concordato, a proposito delle organizzazioni giovanili dell’Azione cattolica [Biggini 1942, 443]. La Costituzione repubblicana, invece, esclude qualsiasi “*ideologia di Stato*” intesa ad uniformare la educazione intellettuale dei minori “*a principi etici o a valori politici in via legislativa (o peggio amministrativa) imposti alla famiglia come contenuto necessario della funzione educativa dei minori e ....tutela con il necessario rigore i valori di autonomia e di originalità dell’azione pedagogica della famiglia*”, salva l’azione in via sussidiaria dello Stato in caso di incapacità in forza dell’art.30.2 Cost.[Bessone 1976, 105]. Gli stessi principi di libertà e laicità che garantiscono tale autonomia della famiglia segnano i confini dell’azione educativa dei genitori che deve essere volta a favorire il libero sviluppo della personalità minorile e il suo armonico inserimento in una comunità informata ai valori della Costituzione. Poiché entrambi questi valori -autonomia della famiglia come “*formazione sociale*” e “*libero svolgimento della personalità*”- sono tutelati dalla medesima disposizione di cui all’art. 2 della Costituzione non possono entrare in contraddizione fra di loro. Non sono - sottolineo - i valori della Costituzione il punto di riferimento di tale azione educativa ma è proprio l’armonico sviluppo della personalità del minore che richiede una educazione ispirata ai valori della comunità in cui il minore stesso - in quanto “*cittadino in formazione*” - è destinato ad inserirsi. Si tratta di temi che sembravano superati dopo la riforma del diritto di famiglia (in particolare dal nuovo art.147 del Codice civile che fa riferimento alle “*inclinazioni naturali e alle aspirazioni*” dei minori) ma che sono tornati ad essere un problema con l’emergere, anche nel nostro paese, di una “*questione multiculturale*” e dal progressivo diffondersi di scuole a indirizzo islamico. Il fondamento che può giustificare l’obbligo anche nelle scuole confessionali di fare conoscere i valori costituzionali non dipende da una lettura stringente (in tal caso poco laica) dell’art.54 della Costituzione (laddove prevede l’obbligo di fedeltà alla Costituzione) ma dall’interesse stesso del minore destinato ad inserirsi in una società ispirata a quei valori.

Delle dottrine riconducibili allo “*Stato etico*” erano rimaste influenzate anche le legislazioni penali; meno nell’Italia fascista molto di più nella Germania nazista e nei paesi dell’Est. Comune è la tendenza a risalire dal “*fatto*” all’autore, la ricerca della “*confessione*” e dell’“*autocritica*”, l’ampia utilizzazione delle misure di polizia e delle misure di sicurezza,

soggettivamente calibrate, rispetto alle pene oggettivamente determinate. In particolare il diritto nazista era passato dalla dogmatica “del reato” alla dogmatica “dell’autore”(il *Tätertip*). Mentre la prima si basava sul “bene giuridico” offeso, la seconda puntava su caratteristiche dell’autore, sulla pericolosità sociale, sulla violazione dei doveri di fedeltà, sulla possibile rieducazione ai valori del regime (sulla *Gesinnung*). Il tutto utilizzato sia *in bonam partem* (nel caso di sottomissione redentrice) e sia *in malam partem*, ivi compreso l’uso dell’analogia anche contro l’autore del reato. Non lontani da queste impostazioni il Codice della Repubblica democratica tedesca (in particolare l’art. 25) e gli altri codici dei paesi socialisti. In essi (Calvi 1967, 515 ss ma precisazioni e dubbi in Bricola 1973, 623 ss) si mettevano insieme, a scapito della concezione liberale del “fatto” e della conseguente “retribuzione”, riferimenti all’“autore del fatto” e al suo possibile “reinserimento” nella società socialista.

Il Codice italiano del 1931, il Codice Rocco, era stato soprattutto influenzato nella individuazione dei beni giuridici, per esempio prevedendo talune fattispecie di reato contro la “personalità dello Stato” o introducendo la categoria della “moralità pubblica” o della “integrità e sanità della stirpe” per classificare reati prima ricondotti alla tutela della famiglia o della libertà sessuale [Perone 1977; Cortese 1977]. Gli stessi reati a tutela della Religione cattolica e degli altri culti ammessi non sono volti alla tutela di un patrimonio morale individuale ma -viene detto espressamente nella relazione ministeriale - “per il raggiungimento dei fini etici dello Stato” [Relazione cit. in Pulitanò, 2006, 79]. E proprio tale finalità giustificava il privilegio assegnato alla Religione cattolica in quanto diretta a mantenere “l’unità spirituale” del popolo italiano.

Tracce di concezioni stataliste e autoritarie, ai confini dello “stato etico”, possono tuttavia permanere in modo vischioso anche in ordinamenti ispirati al costituzionalismo liberaldemocratico [Stella 2006, 5 ss.]. *Vetita quia mala, non mala quia vetita*: il diritto, e non solo quello penale, deve trovare il proprio alimento nei valori della persona, non in se stesso. Il diritto penale, in particolare, deve trovare la propria legittimazione in specifici “beni giuridici” e non tradursi in un mero legalismo etico, vale a dire non può essere utilizzato per castigare costumi immorali o contrastanti con il regime vigente [Canestrari 2006, 140]. La tutela è di “beni”, e non di “doveri”, perché il reato, in un ordinamento non *paternalista*, non può riguardare la violazione di regole di obbedienza [Donini 1999, 267]. E comunque, anche se dovesse riguardare fatti contrari a norme etiche, assunte nell’ordinamento giuridico, non può mai riguardare l’intenzione dell’autore ma l’azione e l’evento.

Un diritto penale ispirato ai principi liberali - e sotto questo profilo “laico” - non può punire la sola condotta di un soggetto, la mera trasgressione, ma solo fatti che ledano o mettano in pericolo determinati beni giuridici e non può comunque sottolineare una mera ripulsa di disvalori quale, ad esempio la intolleranza razziale [Stortoni 1994, 14 ss a proposito della c.d. legislazione Mancino: legge n. 205 del 1993]. I principi di materialità, tipicità, irretroattività, offensività e sussidiarietà contrassegnano il diritto penale di uno stato improntato al valore della laicità liberale. La responsabilità oggettiva in particolare è la negazione della autonomia dell’individuo e risponde ad una visione strumentale della persona. Il diritto deve evitare quella auto-referenzialità (*Gesetz ist Gesetz*) che è stata causa non ultima della scarsa reazione alle ideologie totalitarie [Hart, 81 ss; 107 ss]. Per il laico il diritto non è un valore in sé ma prende luce dai valori che esso è chiamato a tutelare.

Il punto di riferimento di tali valori è, laddove vigano i principi del costituzionalismo, la

Costituzione , soprattutto ove essa sia in grado di aprirsi ai nuovi valori emergenti nella società [Bricola 1997,213]. Una costituzione liberale non è solo un *limite* esterno al diritto penale ma deve esserne anche il *fondamento* senza tuttavia trarre da essa obblighi di penalizzazione di tutti i valori costituzionali (che contrasterebbe con la più generale funzione sussidiaria del diritto penale). Non si può prevedere la limitazione (anche se potenziale) del bene della libertà personale se non riferendosi a beni di pari dignità costituzionale [Bricola 1997 564 ss]. E fra questi -lo dico per inciso - non può annoverarsi una "*verità di stato*", come si vorrebbe tentare con l'introduzione - in Francia o in Austria ed adesso lo si ipotizza anche in Italia- dei c.d. reati di "negazionismo"[Canestrari 2006, 149; Malena 2006, 116 ss] . C'è da chiedersi tuttavia , anche qui, fino a che punto si tratti dell'espressione di un principio autonomo di laicità e non piuttosto di quei principi che nelle costituzioni liberaldemocratiche reggono la repressione penale e che, in Italia, sono contenuti negli articoli 13, 23,24,25,26,27, della Costituzione. Meglio parlare della laicità non come un principio autonomo ma come un "carattere" dell'ordinamento [Canestrari 2006, 166].

Vi è chi si spinge più in là e ritiene che la tutela penale del sentimento religioso sia ispirata ad una visione etico-ideologica , di tipo paternalistico, non compatibile con il principio di laicità e che inoltre sarebbe discriminante la mancata tutela del sentimento agnostico [Rimoli 1997, 3343 ss; Fontana 1998,987 ss; Lariccia 2006 440 e 442; Colaianni 2000; Croce 2006 , 439] . Ma la tesi non mi pare condivisibile. La tutela è rivolta, infatti, al sentimento religioso della persona non ad una confessione in quanto tale. E' rivolta a persone che, grazie anche alla giurisprudenza della Corte , sono messe su un piano di pari dignità, a prescindere dal credo professato. Ben diverso sarebbe se la tutela del sentimento religioso dovesse essere spinto fino al punto di sanzionare con legge il rispetto dei doveri imposti dalle varie confessioni (il rispetto delle festività, l'osservanza dei riti ecc.). Ma se la tutela penale di tale sentimento, come realizzata in Italia, non viola il principio di laicità - nel senso qui considerato di rifiuto dello Stato etico - è tuttavia in contraddizione con quella versione della laicità che tende ad affermare, come in Francia, la indifferenza dello Stato rispetto al fenomeno religioso, la non rilevanza del sentimento religioso nello spazio pubblico . Ma -come ho più volte detto- il costituzionalismo può coesistere con entrambe le versioni della laicità.

#### *6.d Ai confini dello Stato etico: il problematico collegamento fra diritto e principi etici*

Ai confini dello Stato etico, anche se a debita distanza , può collocarsi un rapporto distorto fra diritto ed etica pubblica. Come ho già detto la distinzione fra sfera giuridica e sfera religiosa - che del principio di laicità è elemento costitutivo - non significa necessariamente distacco del diritto dall'etica pubblica, e quindi dall'etica ispirata , o meno, a fondamenti religiosi. Diversi sono i piani in cui si colloca un intreccio fra diritto ed etica. In primo luogo la riscoperta del diritto naturale nel secondo dopoguerra e l'esplosione delle questioni c.d. "eticamente sensibili".

Ho già anticipato precedentemente un riferimento al diritto naturale. Anche quanti non accettano una concezione del diritto naturale come "sistema sovralegale", e ritengono che il diritto debba essere immerso nella storia e non essere confuso con l'etica, fanno sempre più riferimento al "bene comune" [ Finnis 1996], o, come dice Lon Fuller, alla "*Morality of Law*" [1986,p 236 ss] . Perfino Hart sente il bisogno di fare riferimento al "contenuto minimo del diritto" [Hart 1964]. Significativa al riguardo la posizione di Gustav Radbruch che dopo l'Olocausto e il crollo di Weimar (socialdemocratico, era stato Ministro

della Giustizia in quegli anni) rivede le opinioni "relativiste" formulate nella Heidelberg degli anni Trenta, riscopre il diritto naturale, e accusa il positivismo di avere contribuito a rendere possibili tali orrori "*prescindendo dal contenuto morale del diritto*" [Radbruch 1962]. Si potrebbe in proposito parlare di "giusrazionalismo" invece che di "giusnaturalismo" (per esempio in riferimento alla Costituzione tedesca che usa l'espressione "diritti naturali" - art.6.2- oppure accenna -art.20 - ad una distinzione fra "legge" e "diritto", fra *Gesetz* e *Recht*). Ma avverto il rischio che si possa temere o un mero aggiornamento lessicale o un espediente per sfuggire alle critiche proprie delle antiche o moderne tendenze testualiste o neopositiviste.

A ciò si aggiunga - lo dico in breve - che nell'azione svolta dalle Corti supreme, e in particolare dalle Corti costituzionali, frequente è il ricorso ai "principi" e non solo alle "regole", che stretta è la connessione (fino, per taluna letteratura, alla loro coincidenza) fra "principi" e "valori". Ciò ha portato a superare la stretta identificazione fra diritto e legge, fra "*konstitutionalismus und legalismus*", e spinge quindi a un sempre maggiore collegamento fra diritto e valori morali [Alexy 1997, 4 ss]. In tale quadro si è anche parlato, sia pure in riferimento alla costituzione americana, di *moral reading* [Dworkin 1996]. Rimane sempre l'antico monito contro la "*tirannia dei valori*", che potrebbe minare la certezza del diritto e spostare sui giudici un abnorme potere nell'individuazione e nel bilanciamento dei valori [Schmitt 1970 ma anche Forsthoff e Böckenförde] ma non può essere messo in dubbio che la presenza delle costituzioni, il rilievo da esse dato ai "principi" e ai "valori" e non solo alla "regole", cambia la stessa teoria del diritto [Alexy 1997, 5 ss, 1996, 66; La Torre 1999; Zagrebelsky 1993; Gozzi 1999, 305 ss]. Mi limito a un solo esempio: la presenza in molte Costituzioni della "dignità umana" come principio (e/o valore) da tutelare supera indubbiamente le strettoie del legalismo tradizionale e richiama antichi concetti giusnaturalistici, compresa la dignità del corpo di Polinice invocata da Antigone.

Ma qui sta il punto. Non è possibile - è vero - affidarsi al solo positivismo giuridico, giacché altrimenti si può correre il pericolo della tirannia delle maggioranze ma non è neanche possibile affidarsi, nell'individuare i limiti all'operato delle maggioranze, a una o più Confessioni religiose giacché si rischierebbe, in tal caso, un'altra forma di tirannia, o di una maggioranza o, più spesso, di una minoranza che pretenda di imporre a tutti i cittadini una propria visione etica. Lo "Stato etico" si ha quando lo Stato pretende di essere esso stesso fonte di regole morali ma non lontano è il caso in cui lo Stato imponga a tutti i cittadini un determinato (e non da tutti condiviso) sistema di valori. Un'eco si ritrova nella prima giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* relativa a quella parte della Costituzione tedesca che fa riferimento al limite alle libertà derivanti dalla "legge morale" (*Sittengesetz* : art.2 .1): ad esempio, per individuare i limiti alla libertà sessuale delle persone faceva riferimento alla morale delle confessioni cristiane maggiormente presenti nella società (BVerfGE 6, 389 del 10 maggio 1957).

I temi che oggi toccano l'etica pubblica vanno, peraltro, al di là dei terreni che hanno tradizionalmente alimentato in tutta Europa i conflitti fra laici e credenti, vale a dire l'istruzione (gli spazi per le scuole confessionali e il loro finanziamento), l'indissolubilità del matrimonio o, in epoca più recente, l'interruzione della gravidanza. Essi riguardano oggi la vita o la generazione: quando ha inizio la vita? Esiste un diritto alla vita dell'embrione? Quali i limiti al diritto alla procreazione? Riguardano la morte: fino a che punto può spingersi l'accanimento terapeutico? E' consentito il testamento biologico? Esiste un diritto a darsi la morte? E' lecita l'eutanasia? Siamo di fronte a domande in cui il

diritto sembra rimanere indietro rispetto alla evoluzione della tecnica biomedica , che spesso stravolge schemi consueti [Tripodina 2004, s ss. ] . Ma incalzano altre domande ancora. Concernono la sessualità: riconoscere le coppie omosessuali? consentire alle stesse l'adozione? Concernono l'uso del proprio corpo : esiste un diritto a drogarsi? La prostituzione va solo tollerata o è esercizio di un diritto di libertà? fino a che punto è legittima la legge (n.7/2006) che punisce le mutilazioni genitali ?

La multi-culturalizzazione delle nostre società rende ancora più complessi i problemi e trasforma in temi eticamente sensibili banali limitazioni di libertà. Basti pensare che imporre l'uso del casco ai motociclisti Sikh ha posto un problema al legislatore del Regno Unito - che li ha esentati dall'obbligo - e che la banale libertà di indossare gli indumenti preferiti trova un limite sia nelle scuole francesi sia , in determinati paesi arabi, in tutti i luoghi pubblici ( o, viceversa , viene espressamente prevista la facoltà - in Canada - di indossare il *kirpan*, il pugnale cerimoniale dei Sikh ortodossi o , in Italia, in base all'intesa con l'Unione delle Comunità ebraiche , di indossare il copricapo in occasione di un giuramento in un'aula di giustizia ).

Il discrimine su questi temi non sempre coincide con la distinzione fra laici e credenti ma spesso attraversa gli stessi laici. Non mi riferisco , a quest'ultimo proposito , ai cosiddetti *teocron* , da più parti accusati di operare un uso politico dei valori religiosi [Preterossi 2006,3 ss.]. Che il discrimine non sia questo ne sono un'espressione le convergenze e le maggioranze trasversali che su queste normative si formano nei Parlamenti e il ricorso, sempre più frequente, allo strumento referendario per la loro approvazione o la loro conferma. Difficile trovare una risposta esplicita utilizzando un materiale normativo consolidato. Non infrequente è la sussunzione nell'ordinamento costituzionale attraverso una non sempre agevole interpretazione evolutiva delle vigenti norme costituzionali nonché attraverso caute dichiarazioni internazionali , fino a giungere alla impropria utilizzazione della categoria dei diritti fondamentali per tutti i beni meritevoli di tutela ,come nel caso, ad esempio, dei "diritti dell'embrione". Ma se anche la loro disciplina non tocca norme formalmente costituzionali, ed è possibile la loro disciplina con legge ordinaria, tali materie richiedono regole comuni.

Ma su quali fondamenta costruire queste regole comuni? In particolare: quali i confini delle libertà individuali? Su questi punti si confrontano due posizioni, una definita laica, l'altra definita confessionale. Tra i sostenitori della prima posizione prevalente è il tentativo di fondarsi sul principio liberale della "non interferenza". Le libertà sono viste essenzialmente come "libertà *da*" o, in una versione che vuole essere più avanzata, come "libertà *d*". L'unico limite che esse possono trovare deriverebbe dalla tutela delle altrui libertà [Berlin ora 1989; Stuart Mill, ora 1981]. Secondo questa concezione la politica e il diritto dovrebbero arretrare rispetto alla sovranità e all'autonomia dell'individuo . All'individuo stesso, e solo a lui, spetterebbe ogni valutazione sulla moralità della propria azione. Di conseguenza la libertà individuale - secondo questa concezione - non potrebbe sopportare limiti in nome di principi riferiti all'etica pubblica, comunque intesa. Mentre gli orrori del totalitarismo portano in alcuni ambienti di dottrina alla riscoperta dei diritti naturali quale limite al potere pubblico, in altri accentuano l'ulteriore ripulsa verso limiti ai diritti dell'individuo che possano fare pensare al riemergere dello spettro dello "Stato etico", a concezioni paternalistiche del diritto, definite "perfezioniste" [Zanetti 1998, 77 ss]. Sarebbe compito della politica - e delle maggioranze - limitarsi ad assicurare il libero dispiegarsi delle inclinazioni individuali [ von Hayek, 1986, 183 ss] e se mai, in una versione più aggiornata, assicurare che siano garantite pari opportunità secondo principi

di giustizia [Rawls 1971].

La Chiesa e le altre confessioni - siamo alla seconda posizione - ovviamente non accettano una tale concezione "neutrale" dello Stato e del diritto ritenendo, in sintesi, che le norme giuridiche devono ancorarsi a valori che trascendono le inclinazioni dei singoli individui e intendendo ancorare il diritto a valori trascendenti. Ma è proprio vero che esiste questa contrapposizione di principio? Da una parte starebbero i laici e dall'altra chi si colloca su posizioni confessionali?

Non è così. Anche nella cultura laica e liberale sono maturate posizioni diverse. Si è addirittura parlato degli anni ottanta come "*gli anni della reazione perfezionista antiliberale*" [Zanetti 1999, XI] riferendosi ad autori quali Dworkin, Alexy, Carlos Nino e allo stesso Habermas che si sforzano di trovare canali di integrazione reciproca fra diritto e morale [Habermas 2006, 19 ss]. Queste ed altre dottrine - pur sempre di ispirazione liberale - non accettano la suddetta impostazione del principio di "non interferenza" ritenendo improponibile l'assoluta neutralità dell'ordinamento giuridico rispetto alle scelte dell'individuo. E comunque - si aggiunge - le teorie individualiste e libertarie non danno conto del valore stesso della libertà perché non tengono conto della pervasività dell'ambiente culturale in cui l'individuo è inserito e della possibile non autonomia della sua volontà rispetto al gruppo sociale o tribale che lo condiziona [Raz 2003]. Quanto è libero l'adolescente inserito in un gruppo di coetanei che lo spinge ad assumere droghe? Quanto è libera una ragazza in un gruppo tribale che la spinge a praticare una mutilazione sessuale? E allora esiste una libertà di drogarsi? Esiste un diritto a mutilarsi per ragioni tribali (fino a dubitare della legittimità del nuovo art. 583-bis del codice penale)? Qui si palesano i limiti - come è stato incisivamente sottolineato - della classica prospettiva liberale che "*privilegia la dimensione verticale*" nel rapporto Stato - diritti rispetto "*alla dimensione orizzontale*" della costrizione privata [Canestrari, 2006, 155].

La scienza giuridica italiana appare meno sensibile a queste posizioni e rimane spesso ferma ad una interpretazione radicale delle libertà individuali. Secondo tali concezioni limiti alle libertà sarebbero inammissibili allorché volti a tutelare lo stesso soggetto obbligato mentre sarebbero legittimi solo allorché volti a tutelare altrui libertà [Ainis, 36 ss; Celotto 2002; Rodotà 2006; ampi riferimenti in Chessa 2002, 309 ss;]. Ma quanti in nome della libertà individuale sono pronti a sostenere che è proprio di uno Stato etico imporre l'uso del casco o della cintura di sicurezza durante la guida [Dworkin, 319]? Quanti sarebbero pronti a sostenere che non è possibile prevedere sanzioni (pesanti in talune legislazioni) per il lavoratore che in un cantiere non adotti le prescritte misure antinfortunistiche a tutela della sua incolumità? Portare le armi è un diritto di libertà riconosciuto dalla Costituzione americana ma di certo non lo è in altri ordinamenti ma - si chiede Dworkin - il gioco d'azzardo è solo tollerato oppure è esercizio di un diritto [Dworkin 265 ss]? Le risposte non sono così scontate se la Corte costituzionale italiana - Sent. 180 del 1994 - ha dovuto fare ricorso, per giustificare l'obbligo del casco, non alla vita del conducente ma al "costo sociale" affrontato dal servizio sanitario nazionale in caso di incidente, evitabile con l'uso del casco.

Siamo di fronte in questi casi a uno scivolamento verso concezioni proprie dello Stato etico? Si può rispondere che sarebbero compatibili con il principio di laicità solo limiti alle libertà che siano giustificati da un "pericolo immediato e diretto per la tutela di beni e valori costituzionalmente protetti" [Rimoli, 1996, 4]. Ma fra questi valori, aggiungo io, traducendo nel linguaggio del diritto le filosofie politiche prima richiamate, può essere annoverato anche il valore stesso della persona, della sua libertà?

Non sempre l'ordinamento interviene - ed è bene che sia così - per sanzionare taluni comportamenti. Ma per quanto liberale nessun ordinamento giuridico riesce ad essere neutrale rispetto alle varie concezioni del bene presenti in una società [A.E. Galeotti, 1994; ma anche Walzer 2000]. E comunque non tutto ciò che è lecito sul piano penale costituisce esercizio di un diritto di libertà. Si può restare nella sfera della liceità, *dell'agere posse*, ma non necessariamente transitare in quella dell'esercizio di un diritto di libertà. Non è possibile creare diritti partendo dal vuoto, dal silenzio del diritto penale. I diritti di libertà costituzionalmente riconosciuti hanno alla loro base un valore da tutelare (la vita, la libertà dalle coercizioni fisiche, il libero pensiero, il libero associarsi ecc.) non una generica libertà di agire e richiedono all'ordinamento la rimozione degli ostacoli che impediscono l'esercizio di tali diritti. Se si dovesse trattare, nei casi prima indicati, dell'esercizio di diritti di libertà non solo sarebbe illecita ogni sanzione - e questo, ripeto, può anche essere saggio - ma addirittura tali attività dovrebbero essere favorite dall'ordinamento. E infatti chi ritiene che esista un diritto a disporre della propria vita coerentemente ritiene incostituzionale la norma del codice penale che punisce chiunque agevola il suicidio e legittima sola la norma che punisce l'istigazione [ Stortoni 2003; Magro 2001, su cui Barbera 2004, 31 ss].

La concezione liberale della "libertà *da*" o della "libertà *di*" non sempre rende possibile una risposta articolata a domande così impegnative riferite ai temi eticamente sensibili, mentre aiuterebbe una concezione dell'individuo come persona capace di un agire finalizzato, cui spetta una "libertà *per*" [Fuller 1986]. Qui è tuttavia il punto: una condivisa valutazione del fondamento dell'"*agire finalizzato*" richiederebbe al legislatore il difficile compito di rappresentare una comunanza di valori che spesso le società pluralistiche non consentono di enucleare. Manca alla comunità statale - anche a quelle più omogenee - un parametro comune su questi temi.

Non è possibile dare risposte sicure sul tormentato rapporto fra etica e diritto ma non mi sento di definire un ordinamento come laico o viceversa come confessionale, o addirittura agitare lo spettro dello "Stato etico", solo facendo riferimento alla risposta che viene data su questi temi.

Esiste tuttavia un approccio laico a questi temi, in grado di contrapporsi sia al fondamentalismo confessionale sia al fondamentalismo libertario. Ne parlerò più avanti perché il problema si sposta sul *metodo* con cui affrontare questi temi.

## **7. Il principio di laicità nell'ordinamento costituzionale italiano**

### ***7 a. Il principio di laicità è presente nella Costituzione italiana?***

Quale dei significati di laicità prima indicati è accolto nella nostra Costituzione? Il principio di laicità, a differenza di quanto è previsto in altre Costituzioni - per esempio nella Costituzione francese, in quella russa o in quella turca - non è espressamente sancito nella Costituzione italiana. C'è anzi chi dubita che la nostra costituzione sia informata a tale principio. Ma tali dubbi si sono fortemente ridimensionati dopo che la Corte costituzionale, per la prima volta nella sentenza n. 203 del 1989, a proposito dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole, poi confermata dalla giurisprudenza in materia di tutela penale del sentimento religioso, ha affermato che "*il principio supremo della laicità dello Stato*" è uno dei principi cardini del nostro ordinamento, anzi uno dei profili della "*forma di stato*" delineata dalla nostra Costituzione.

Lo ha detto dopo averlo negato per circa un trentennio con decisioni in cui, invece, aveva riconosciuto legittima la particolare tutela penale per la confessione cattolica, in quanto *“professata dalla maggioranza degli italiani”*.

Ha ragione la Corte (e una parte rilevante della dottrina) affermando la sussistenza del principio “supremo” di laicità o hanno ragione quanti avevano fino ad allora negato - e continuano a negare - detto riconoscimento? E comunque si è pienamente individuato e realizzato nell’ordinamento, grazie alla giurisprudenza della Corte, un chiaro principio di laicità? Per rispondere alla domanda vediamo i dati positivi che ci fornisce l’ordinamento giuridico (affermazione che dovrebbe essere ovvia e scontata ma non in una materia come questa in cui spesso si manifesta un sovraccarico ideologico).

### *7 b. Il quadro costituzionale*

La distinzione fra sfera del diritto e sfera religiosa è indubbia. E altrettanto per la autonomia del potere politico rispetto a quello religioso e viceversa di quello religioso rispetto a quello politico. Non c’era bisogno di dirlo espressamente perché si tratta di un carattere connaturato all’ordinamento costituzionale di un paese dell’Occidente ispirato ai principi del costituzionalismo. Ma per chi vuole riscontri testuali si può richiamare : l’art. 7 laddove prevede che Stato e Chiesa rappresentano *“due ordini diversi”*; l’art. 1 laddove afferma che la sovranità appartiene al popolo e che al di sopra del popolo c’è solo la Costituzione che esso si è data; l’art. 101 laddove si afferma che i giudici amministrano la giustizia in nome del popolo e sono soggetti solo alla legge.

I paradigmi accolti sono quelli della libertà religiosa e del pluralismo confessionale. La Costituzione italiana cita espressamente il fattore religioso in varie sedi. In primo luogo nell’art. 19 laddove sancisce la libertà di professione religiosa . La libertà è assicurata in qualsiasi forma essa sia svolta ,sia *individualmente* sia *collettivamente*, e comprende la facoltà di praticarne il culto, in privato o in pubblico, nel solo rispetto del *“buon costume”*. E’ altresì garantita la libertà di proselitismo, non sempre riconosciuta in altri ordinamenti, non solo nei Paesi comunisti (ove ,come si è visto , era riconosciuta la libertà di culto ma garantita solo la propaganda atea) ma anche in taluni paesi a dominanza ortodossa (oltre che ovviamente in molti paesi islamici , in alcuni dei quali non è garantita neanche la libertà di culto) . Tale libertà è sempre stata indiscussa in Italia tranne il misconoscimento di fatto, in epoca pre-conciliare, in talune zone del Paese per i culti diversi dal cattolico [Peyrot 1956, 51 ss] . In realtà la libertà religiosa abbisogna di una legislazione complessiva che accompagni l’esercizio libero del culto, dalla libertà di dare vita ad enti di religione o di culto senza speciali limitazioni per la loro costituzione o la loro capacità o senza speciali gravami fiscali (art.20 Cost) a una pianificazione urbanistica che non ostacoli la costruzione dei luoghi di culto o, ad esempio, consenta la riserva di spazi cimiteriali. Essa non si esaurisce in un pur essenziale diritto soggettivo ma ha bisogno di un più ampio contesto normativo [Barbera 1974, 74-75].

La libertà religiosa - in connessione con la libertà di manifestazione del pensiero - implica anche la garanzia del suo aspetto negativo, la libertà di non professare alcuna fede religiosa, e quindi la *libertà di coscienza dei non credenti*. Oltre alla tutela della loro libertà certamente questo comporta la loro non discriminazione , per esempio nel caso di affidamento della prole [Bigiavi 1951; Carbone 2006,673 ss]. Non credo che si possa dire che, nel caso di contrasto, la libertà degli atei , che sarebbe tutelata dal solo art. 21 Cost., vada sacrificata a vantaggio della libertà dei credenti, che godrebbero della tutela privilegiata dell’art. 19 Cost. [D’Avack 1974, 606] ma non credo neanche - come si è

ritenuto applicando criteri di logica deduttiva - che la libertà di non credere dovrebbe essere tutelata imponendo allo Stato "*il silenzio verso le credenze*" [Boniolo 2006,XX] . Appare problematico giungere alla conclusione - su cui si interrogano gli Stati Uniti [Ceccanti 2006, 34] - che la libertà di non credere comporti la pretesa a che lo Stato non si faccia veicolo di messaggi che possano indurre i non credenti di essere su posizioni dissidenti (*outsiders*) . Problema di non facile soluzione perché si rischia, accogliendo tali istanze , di violare la libertà di chi è portatore, in positivo, di un messaggio e pretende determinati simboli o cerimonie (anche pluriconfessionali).

Tale libertà, invece, ricomprende certamente la libertà di critica nei confronti di tutte le credenze religiose. La tutela penale del sentimento religioso - ammessa come dirò fra poco dalla giurisprudenza costituzionale - può scattare di fronte al vilipendio non di fronte alla critica (anche se la distinzione non sempre è facile). Che la *satira* possa essere considerata vilipendio contrasta con la natura della stessa, manifestazione non solo del pensiero ma altresì manifestazione artistica, e quindi, come tale, tutelata dalla ancora più ampia formula dell'art. 33 della Costituzione: ma è tema che richiederebbe più ampio spazio.

Una posizione particolare è prevista per la confessione cattolica nell'art. 7 della Costituzione in cui si afferma che "*lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani*" e che i loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Ma tale posizione, che si muove ancora nell'ottica dei rapporti fra ordinamenti, trova un riequilibrio in altre norme : nell'art. 3 proclamando la eguaglianza dei cittadini, a prescindere dalla religione professata; nell'art. 8 in cui si prevedono "*egualmente libere*" le confessioni diverse dalla cattolica riservandone la regolamentazione alla legge sulla base di intese con le loro rappresentanze ; nell'art. 20 in cui si fa divieto di "*speciali limitazioni legislative* " o di speciali "*gravami fiscali*" per associazioni o istituzioni che abbiano "*carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto*". Netta quindi la differenza rispetto allo Statuto albertino che all'art. 1 riconosceva la Religione cattolica come sola religione dello Stato ,mentre gli altri culti erano soltanto tollerati come ribadito nel Trattato stipulato fra l'Italia e la Santa Sede .

Poiché detta norma costituzionale prevede che la Chiesa cattolica sia riconosciuta, "*nel proprio ordine* " come ordinamento giuridico "*indipendente e sovrano* ", con il quale lo Stato entra in relazione *paritaria* attraverso un Concordato, si sottrae così la Confessione cattolica da un regime di diritto comune e si determina la conseguente sottoposizione dei culti diversi dal cattolico a un regime non parificato a quello privilegiato della Chiesa cattolica. Sulla base di tale principio i rapporti fra Stato e Chiesa devono necessariamente essere regolati su base concordataria. Come ho già detto in precedenza la revisione operata nel 1984 dal Governo Craxi e la giurisprudenza della Corte costituzionale hanno ridimensionato gli aspetti del Concordato del 1929 che più incidavano sui principi costituzionali ma rimane il fatto che tale articolo (che non a caso fu tra i più travagliati nell'Assemblea costituente ) non consentirebbe di parlare di equidistanza ed eguaglianza fra le varie confessioni religiose. Non a caso l'art. 8 dice che le Confessioni sono tutte "*egualmente libere*", non dice che sono sottoposte a un trattamento "*eguale*". Lo Stato italiano , con revisione costituzionale , potrebbe modificare unilateralmente il contenuto delle norme poste in essere in attuazione dei Patti lateranensi ma non potrebbe - io credo- fuoriuscire da un regime di tipo pattizio con un ordinamento definito "*indipendente e sovrano*".

E' compatibile tale regime concordatario con principio di laicità? Non lo era certamente il

vecchio testo del Concordato che prevedeva varie norme in netto contrasto con i principi costituzionali. Ne ricordo alcuni: la norma dell'art. 5 laddove prevedeva che i sacerdoti apostati o irretiti da censura non potessero assumere uffici a contatto con il pubblico (in base alla quale Ernesto Buonaiuti, storico delle religioni, era stato allontanato dall'insegnamento universitario o i sindaci di vari comuni, esclusi dalla assunzione della carica perché apostati o irretiti da censura); la norma dell'art. 36 laddove prevedeva che l'Italia considera *"fondamento e coronamento della istruzione pubblica l'insegnamento della dottrina cristiana secondo la forma ricevuta dalla tradizione cattolica"*...per cui diveniva obbligatoria la c.d.ora di religione anche nelle scuole medie. La revisione intervenuta nel 1984 con gli accordi di Villa Madama fra il Governo Craxi e la Santa Sede (trasfusi nelle leggi nn. 121, 206 e 222 del 1985) hanno modificato sensibilmente il contenuto del Concordato evitando le norme in più stridente contrasto con i principi costituzionali ma rimane la posizione di **privilegio per la Confessione cattolica. Prima ancora la Corte (per la prima volta le Sentt. 30/31/32 1971 ma poi 12 e 195/1972; 175/1973; 1/1977;16/17/18/1982; successivamente alla revisione del 1984 le Sentenze 203/1989;13/1991;149/1995; 334/1996; 329/1997** che, suscitando qualche critica, hanno esteso anche alle norme attuative degli Accordi di revisione la garanzie previste per le leggi di attuazione dei Patti del 1929) era riuscita a stabilire il principio che le disposizioni del Concordato non sono state costituzionalizzate e non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai "principi supremi" dell'ordinamento costituzionale (anche se solo con la decisione **18/1982** si era dichiarata illegittima un norma concordataria che prevedeva il riconoscimento civile dei provvedimenti pontifici per i matrimoni non consumati). Un posizione intermedia fra la tesi (della Cassazione: Sentenza 2651 del 1964) della costituzionalizzazione del Concordato - *rectius* della legge 810 del 1929 che al Concordato aveva dato esecuzione nell'ordinamento interno - e quella della loro subordinazione a tutte le norme costituzionali.

### *7 c. Il principio di laicità nella giurisprudenza costituzionale*

Fra i principi costituzionali "supremi" vi è dunque per la Corte anche il principio di laicità. Esso viene elaborato dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalla fine degli anni ottanta prendendo spunto da questioni di legittimità relative alla tutela penale del sentimento religioso, in tutte le sue forme (offesa o vilipendio alle persone o ai simboli delle varie confessioni) incidendo su quegli istituti che chiaramente tendevano ad assicurare una posizione di privilegio alla Confessione cattolica. Tale intervento è stato effettuato, il più delle volte, riportando la pena per le offese della religione cattolica al livello sanzionatorio più basso previsto per le altre confessioni.

Netto è stato il mutamento di giurisprudenza. In una prima fase la Corte costituzionale ha giustificato il diverso trattamento penale delle varie confessioni religiose, la cattolica e i "culti ammessi", sulla base del maggior numero di aderenti alla confessione cattolica e dell'ampiezza delle reazioni sociali che si sarebbero quindi determinate per effetto delle offese intervenute. Inoltre la Corte escludendo - mi riferisco alla **Sentenza 125/1957** - che si potesse parlare di "parità" fra le confessioni religiose essendo prevista per la Chiesa Cattolica una disciplina concordataria non parificabile al regime delle "intese" giungeva alla conclusione che maggiore tutela penale prevista per le offese al culto cattolico non tocca *"il libero esercizio dei culti e la libertà delle varie confessioni"*. Non a caso - sosteneva la Corte - l'art. 8 della Costituzione parla non di eguaglianza ma - lo dicevamo prima - di "eguale libertà"(così anche le **Sentenze 79/1958 39/1965 e la Sentenza**

**14/1973 e 188/1975).**

Un primo segnale di cambiamento arriva dalla **Sentenza 925/1988** successiva alla revisione di Villa Madama. Nella motivazione la Corte afferma che la sola punizione della bestemmia " *contro la Divinità o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato*", prevista dall'art. 724 del codice penale, " *non può continuare a giustificarsi con la appartenenza ad essa della quasi totalità dei cittadini italiani e nemmeno con l'esigenza di tutelare il sentimento religioso della maggior parte della popolazione italiana*" Il superamento della contrapposizione fra la religione cattolica " *sola religione dello Stato*" e gli altri culti, sancito dal punto 1 del protocollo del 1984, " *renderebbe ormai inaccettabile ogni tipo di discriminazione che si basasse soltanto sul maggiore o minore numero degli appartenenti alle varie confessioni religiose*". Ma, nonostante queste premesse, la Corte salva la norma in questione lanciando la palla al legislatore. Il legislatore rimane inerte e solo con la **Sentenza 440/1995** la Corte avrebbe dichiarato incostituzionale la disposizione nella parte relativa alla espressione " *o i simboli o le persone venerate nella religione dello Stato*". Nonostante la riserva di legge assoluta in materia penale, la Corte finisce così per introdurre il reato, come fu subito rilevato [D'Amico, 1995], di "Bestemmia contro la Divinità". La motivazione faceva perno sull'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge senza discriminazione di religione e l'eguale libertà di tutti i culti.

Solo nel 1989, con la **Sentenza 203**, compare fra i principi supremi il "principio di laicità". Con detta sentenza, nell'escludere la illegittimità costituzionale dell'art. 9 della legge 121 del 1985 (di ratifica ed esecuzione dell'accordo di Villa Madama del 18 febbraio 1984), che prevede l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole di ogni ordine e grado - ma facendo salva la facoltà di non avvalersene da parte degli alunni - la Corte afferma in modo netto i seguenti principi: 1) Il principio di laicità, quale emerge dagli articoli 2,3,7,8,19 e 20 implica " *non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale*"; 2) " *la legittimità del riconoscimento del valore della cultura religiosa*" riferita non ad una specifica religione ma " *al pluralismo religioso della società civile*"; 3) il riconoscimento del " *cristianesimo come parte del patrimonio storico del popolo italiano*"; 4) che tali due principi, il valore della cultura religiosa e il cristianesimo come parte del patrimonio storico del popolo italiano, (" *l'uno il genus, l'altro la species*") " *concorrono a descrivere l'attitudine laica dello Stato-comunità, che risponde non a postulati ideologizzati ed astratti... ma si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini.*

Nella sentenza **259 del 1990**, sviluppando quanto già detto nella sentenza **239 del 1984**, la Corte tornerà sul principio di laicità dichiarando la illegittimità di taluni articoli del Regio Decreto 30 ottobre 1930 n. 1731 che, prevedendo la natura pubblicistica della *comunità israelitiche*, realizzavano una forma di ingerenza contrastante (come " *una sorte di costituzione civile*") con il principio di laicità. Nella sentenza **195 del 1993**, nel dichiarare illegittima una legge della Regione Abruzzo che aveva previsto alcune agevolazioni urbanistiche solo per i culti con cui lo Stato avesse stabilito un'intesa, aveva definito il principio di laicità (richiamandosi alla decisione **203 del 1989**) " *principio supremo ... uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta Costituzionale della Repubblica*"; principio che " *implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale*".

La distanza con la concezione francese della laicità è scolpita in modo netto e chiaro ma è

altrettanto chiara la distinzione rispetto alla propria precedente giurisprudenza laddove faceva riferimento alla religione della maggioranza degli italiani. Dalla metà degli anni novanta in poi la Corte alza ancora il tiro. Con una serie di decisioni essa parifica verso il basso tutte le fattispecie di vilipendio - verso le persone, le cose e le funzioni religiose - portando le pene per le offese alla religione cattolica al minor livello sanzionatorio previsto per le altre confessioni .

Di qui le seguenti decisioni :1) la Sentenza **329 del 1997** che ha dichiarato l' art. 404 cod.pen (*"Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di cose"*) illegittimo nella parte in cui non prevede la stessa pena (minore) prevista dall'art. 406 per i culti acattolici. In quella occasione la Corte aggiunge che il principio di laicità implica anche *"equidistanza e imparzialità della legislazione rispetto a tutte le confessioni religiose"* nonché *"la protezione del sentimento religioso... venuto ad assumere il significato di un corollario del diritto costituzionale di libertà di religione"*; 2) la Sentenza **508 del 2000** che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 402 del Codice penale che puniva il *"Vilipendio della religione dello Stato"* ( decisione diversa dalle altre stante la riserva di legge assoluta che non avrebbe consentito di estendere agli altri culti la tutela predisposta dalla norma censurata relativa alla sola religione di stato); 3) la sentenza **327 del 2002** che ha dichiarato la illegittimità dell'art. 405 *"Turbamento di funzioni religiose del culto cattolico"* nella parte in cui non prevede pene identiche (più ridotte) a quelle dell'art. 406 che si riferisce a fatti commessi contro culti diversi dal cattolico; 4) infine la sentenza **168/2005** che ha ritenuto illegittimo l'art. 403 del codice penale ( *"Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di persone"*) nella parte in cui non prevede una pena pari a quella prevista dall'art 406 relativa ai *"Delitti contro i culti ammessi nello Stato"*. Sentenza , quest'ultima, che ha demolito l'ultima norma del codice penale che ancora prevedeva un trattamento sanzionatorio più severo ove le offese fossero recate alla religione cattolica. Le esigenze di protezione, afferma la Corte in questa ultima sentenza, *"sono riconducibili da un lato al principio di eguaglianza di fronte alla legge senza distinzione di religione sancito dall'art. 3 dall'altro al principio di laicità o non confessionalità dello Stato"*.

La Corte ha così di fatto trasformato la tutela penale delle singole confessioni in tutela del *"sentimento religioso"* . Dando valore al sentimento religioso come "corollario" della stessa libertà di religione ( **Sent 329/1997** ma già **Sent.188/1975**) la Corte ha anche evitato che venisse posta la questione della legittimità di detta disciplina sotto il profilo della tutela della libera manifestazione del pensiero.

Per la Corte italiana, quindi, il principio di laicità è un principio "supremo" dell'ordinamento costituzionale ma esso (la Corte lo dice espressamente nella decisione del 1989) non significa indifferenza rispetto al fenomeno religioso ma anzi prevede la tutela del sentimento religioso come bene sotteso al riconoscimento della libertà religiosa proprio perché in primo luogo sentimento individuale [e non prevalentemente collettivo come affermato nella sentenza **188/1975** con cui la Corte - relatore Crisafulli - aveva respinto le censure nei confronti dell'art. 403 del codice penale] . Niente a che vedere dunque - come dicevo- con la via francese ma neanche con quel *favor religionis* che era stato da più parti intravisto nella giurisprudenza costituzionale. Infatti diverse decisioni della Corte costituzionale (**Sentt. 117/1979; 234/1984;149/1995;334 1996**) hanno dichiarato illegittime norme dei vari codici che prevedevano formule di giuramento basate sull'invocazione alla Divinità. E ciò in quanto la laicità implica anche *"tutela della libertà di coscienza"* "che sarebbe compromessa da una formula di giuramento che facesse riferimento alla divinità (Sent. **149/1995**). La Corte quindi , pur ritenendo legittima la tutela

del sentimento religioso, non delinea un *favor religionis*. La differenza è sottile ma c'è. Finalmente, a cose fatte, interverrà il legislatore che con la legge 24 febbraio 2006, n. 85 "Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione" ha modificato gli artt. 403 e 404 del Codice penale, ha disposto la abrogazione dell' art. 406 "Delitti contro i culti ammessi nello Stato" e ha modificato la rubrica del libro secondo, Titolo IV, capo I con l'espressione "Dei delitti contro le confessioni religiose".

Sono state avanzate riserve sulla compatibilità di tali norme con la libertà di manifestazione del pensiero [Pulitanò 2006, 78 ss, ma v. anche Randazzo 2000, 3987 ss con riferimento alla funzione sussidiaria del diritto penale] ma esse sono oggi in debolite dalla convergenza che si è venuta a determinare fra il legislatore e la giurisprudenza della Corte (che ha messo ai margini anche quanto stabilito - sia pure in via di principio - nella legge che segue l' Intesa del 1984 con la Tavola Valdese, favorevole a una legislazione penale che tuteli la libertà dei culti ma contraria alla tutela del solo sentimento religioso).

Rimane piuttosto il problema, non risolto dalla legge del 2006, su cosa si intenda per "confessione religiosa" tutelata. Anche le sette più svariate? Anche *Scientology* [anche essa per Guazzarotti, 2001,93 e per la Cassazione ivi cit]? Anche le sette sataniche? Spetterà al legislatore ordinario un compito non facile: individuare le confessioni tutelate con il progetto di disciplina generale della libertà delle confessioni religiose, in questi mesi in discussione alla Camera dei deputati (febbraio 2007). Ma non mancano sul punto raccomandazioni del Consiglio d'Europa e significative esperienze nella legislazione comparata [Ceccanti 2001,202ss].

Ma vi è chi contesta sia la giurisprudenza della Corte sia l'intervento del legislatore. Intanto c'è chi critica tale giurisprudenza per avere eliminato il trattamento speciale per la confessione cattolica in nome del principio di laicità, che non troverebbe - si dice - spazio nella Costituzione [Olivetti 2000,3977; Baccari 2003]. Ma c'è chi contesta tale giurisprudenza per motivi opposti, in quanto - è stato detto - la religione come tale "non può assurgere a bene giuridico" [Colaiani 2000, 119; Di Salvatore 2000]. Proprio la laicità dello stato dovrebbe quindi portare, per evitare discriminazioni, ad ignorare la tutela del sentimento religioso oppure -viene aggiunto- tutelare anche il sentimento non fideistico, quello ateo od agnostico. Questa ultima contestazione alla giurisprudenza della Corte porta a sottolineare che -come abbiamo sottolineato fin dall'inizio - non sempre il concetto di laicità è assunto in modo univoco. A parte l'impossibilità di tutelare il sentimento ateo o agnostico in modo corrispondente alla tutela del sentimento religioso venendo esso piuttosto a coincidere con le varie forme di tutela, penale e civile, della dignità della persona, credente o miscredente, v'è da rilevare che a quest'ultima posizione è sottesa - a me pare - una concezione della laicità che guarda al sentimento religioso come a un fatto privato, non recepito nella Costituzione. Nella decisione **Kokkinakis c. Grecia (maggio 1993)** la Corte europea dei diritti ha invece ribadito che la libertà della religione è "bene prezioso" anche per gli atei e gli indifferenti.

#### *7 d. I problemi aperti per la laicità italiana*

##### *7d 1 Le scuole confessionali*

Nonostante i passi in avanti compiuti con la giurisprudenza dell'ultimo decennio molti problemi rimangono aperti proprio perché la Corte costituzionale non ha ancora precisato quale sia il modello di laicità accolto. La mancanza di forza di legge delle disposizioni (art.118 r.d.n.965/1924 e art. 19 r.d. n. 1297/1928) relative al Crocifisso nelle scuole ha favorito il rinvio di questa risposta consentendo alla Corte di ritenere inammissibile

(Ord.389/2004) la questione sottoposta dal Tar Veneto (Ordinanza n. 56 del 2004).

E lo ha favorito anche il fatto che la Corte costituzionale non ha ancora avuto la piena occasione di occuparsi dei *finanziamenti alle scuole confessionali*, la cui legittimità - in relazione all'art. 33 della Costituzione - sarebbe del tutto esclusa anche se (debolmente) giustificata dai governi fin qui succedutisi che a tali finanziamenti hanno fatto (fortemente) ricorso. Oggi, tuttavia, la legge di parità (legge 62/2000) ridisciplina la materia. Il fatto che sia modellata sulla legge *Debrè* del 1959 dell'ultra laica Francia ha finito per indebolire le posizioni a favore della scuola di Stato. Ma rimangono incertezze sulle scuole confessionali non cattoliche, come dimostra la vicenda delle scuole private organizzate da comunità islamiche. Mi riferisco, per esempio, alla tormentata vicenda milanese della scuola di via Quaranta, da alcuni ritenuta di tipo catechistico e da altri in condizioni di ottenere la parità accordata alle scuole legate ad altre confessioni [Corriere della sera 3 settembre 2005].

La Costituente aveva presente il tema della libertà religiosa e del pluralismo confessionale, il rapporto fra potere civile e confessione cattolica e il rapporto fra quest'ultima e le altre minoranze cristiane o la minoranza ebraica. Non si era, invece, posta una domanda: fino a che punto la tutela delle formazioni religiose indubbiamente prevista dagli artt. 8 e 19 è compatibile con la libertà dei singoli credenti anche rispetto alla Confessione stessa? Fino a che punto è possibile tutelare la libertà di insegnamento di insegnanti in scuole a indirizzo confessionale? Risposta che neanche la Corte nel "caso Cordero" (**Sent. 195/1972** ma v. anche Cons.Stato VI, 1762/2005 quanto all'analogo caso "Lombardi Vallauri") riuscì ad evidenziare adeguatamente [Berti 2000]. La formula della libertà *nella* scuola che trova riconoscimento nell'art.33 Cost. accanto alla libertà *della* scuola, tanto da consentire limiti alla prima libertà in nome della seconda libertà, non risolve tutti i complessi problemi che si pongono al riguardo.

Il problema è oggi più acuto atteso che la libertà religiosa assume un particolare rilievo in *società multietniche e multiculturali*, e quindi spesso, multireligiose, fra cui ormai l'Italia [Morrone 2005,13 ss]. Mentre le confessioni minoritarie hanno da sempre teso al riconoscimento di un diritto alla eguaglianza con le confessioni maggioritarie in una società multiculturale si affaccia, invece, l'esigenza di un "*diritto alla diversità*".

La libertà di proselitismo di tali confessioni - indubbiamente tutelata dall'art.19 Cost. - assume contorni delicati laddove operano scuole istituite in centri religiosi fondamentalisti, che non sempre distinguono tra la propaganda religiosa e quella più prettamente politica, talvolta a sostegno del terrorismo di matrice islamica. Il tema delle scuole confessionali non è più ristretto alla alternativa fra scuole di stato e scuole cattoliche ma assume una valenza più generale.

#### *7d.2. I simboli religiosi negli spazi pubblici*

Certamente la nostra costituzione esclude, come ho detto, un *favor religionis* ma essa non ha i tratti della laicità assunti dall'ordinamento francese. In Italia norme analoghe a quelle francesi (o svizzere o tedesche per i docenti) sul divieto di portare in classe segni religiosi "*ostensibles*" - come ad esempio il **velo islamico** - avrebbero suscitato non solo avversioni politiche robuste ma avrebbero potuto essere considerati in contrasto con la stessa libera manifestazione del pensiero (con ogni mezzo, e quindi con ogni simbolo o segno). Non è estranea alla tradizione italiana una limitazione della libertà di vestirsi liberamente da parte di scolari - non si dimentichi che all'inizio del Novecento i maestri socialisti caldeggiavano l'uso del grembiule proprio per evitare di evidenziare

nell'abbigliamento le differenze di ceto sociale fra gli alunni - ma sarebbe stato contrario alla tradizione italiana vietare l'uso di simboli religiosi da parte di docenti o studenti. A ciò aggiungerei che la libertà religiosa implica la libertà di farne testimonianza in tutti gli ambienti, indossando il *velo islamico* od ostentando altri segni della propria fede.

In questo quadro va visto il tema dell'esposizione del **Crocefisso** negli edifici pubblici. Prima era un problema posto quasi esclusivamente in nome della laicità dello Stato oggi è reso più acuto dalla contestazione verso i simboli cattolici che proviene non da ambienti laici ma da gruppi portatori di altre fedi religiose. La presenza dello stesso negli uffici pubblici e nelle scuole viola il principio di laicità in quanto espressione di un retaggio confessionista oppure appartiene al "patrimonio storico" del nostro Paese ed è un simbolo di identità nazionale (*Parere del Consiglio di Stato, II, n.63/1988*) ? La sua presenza offende chi cattolico non è [così il *Tribunale dell'Aquila*, ord. 22 ottobre 2003] oppure la sua rimozione offenderebbe quanti, anche non credenti, si riconoscono in quel simbolo? Chi è contrario all'esposizione del Crocefisso invoca l'equidistanza dello Stato rispetto alle Religioni e teme che il simbolo religioso in un edificio pubblico crei un rapporto di dipendenza fra Stato e Chiesa, o meglio una caratterizzazione in senso cattolico della funzione esercitata [Pugiotto 2004 e ampio dibattito in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)].

Per le sedi scolastiche adibite a seggi elettorali questo è un argomento accolto dalla Cassazione [*Cass.pen, IV, Sent. 1 marzo 2000, n. 439*, relatore Colaiani] che ha escluso che la presenza di tale segno religioso possa essere compatibile con le delicate funzioni ivi esercitate. Analoga considerazione dovrebbe essere fatta - io credo - per la esposizione del crocefisso nelle *aule dei tribunali*, la cui presenza è di assai dubbia legittimità, e comunque assai inopportuna in quanto potrebbe rendere l'immagine di una amministrazione della giustizia ispirata a valori religiosi, non alla legge "eguale per tutti". In tal senso, del resto, è la decisione della Corte Suprema degli Usa, che ho prima citato, che ha ritenuto incostituzionale la esposizione dei Dieci Comandamenti nelle aule dei Tribunali (*McCreary County v. American Civil Liberties Union of Kentucky, 545 U.S.844 2005*). Scarsi risultati al riguardo ha ottenuto il Giudice Luigi Tosti con la sua prolungata astensione dalle udienze nelle Aule giuridiziarie ove è esposto il Crocefisso, subendo anche un inevitabile provvedimento disciplinare da parte del Consiglio superiore della Magistratura (ordinanza n.12 del 2006). Una interrogazione a risposta immediata del Ministro della giustizia (*Atti Camera 13 febbraio 2007*) ha evidenziato una diffusa insensibilità in materia.

Una più antica decisione della stessa Corte suprema degli Stati Uniti - anch'essa prima citata (*Stone v. Graham, 449 U.S. 39,1980*) - ha ritenuto incostituzionale la esposizione dei Dieci comandamenti nelle aule scolastiche ma non mi sento in riferimento al diritto positivo italiano di giungere alla medesima conclusione per la presenza del Crocefisso nelle aule scolastiche e negli altri luoghi di educazione. L'art. 9 punto 2 della legge 25 marzo 1985 n. 121, che dà esecuzione agli accordi di Villa Madama parla di "*valore della cultura religiosa*" nell'insegnamento, affiancandola "*ai principi del cattolicesimo*" pur non esaurendola in essi.

La dimensione religiosa nell'educazione (non il "fondamento e il coronamento" della stessa come recitava il vecchio art. 36 del Concordato) può essere una scelta che un ordinamento compie legittimamente purchè non venga meno alla eguaglianza fra le fedi religiose. Diversa la strada seguita recentemente dal Consiglio di Stato che in una decisione del 13 febbraio 2006 (*Consiglio di Stato, VI, decisione 556/2006*) si richiama invece, per giustificare la presenza del Crocefisso, ai valori culturali e civili del popolo

italiano , quali sarebbero riassunti nello stesso principio di laicità. In queste pagine ho contribuito a fare risalire ai valori cristiani, in ricca e conflittuale sinergia con quelli illuministici, l'ispirazione di fondo del principio di laicità ma questo non significa che tali valori siano di per sé assicurati dall'esposizione dei simboli religiosi del cristianesimo, pur sempre in potenziale contrasto con le esigenze del pluralismo confessionale . Trovo invece interessante una proposta di Stefano Ceccanti ,che ha richiamato la soluzione adottata in Baviera, che prevede la possibilità di più simboli nelle aule scolastiche ,secondo le decisioni delle comunità scolastiche[in Bin,Brunelli,Pugiotto,Veronesi 2004, 21 ss]; ma non mancano quanti ritengono che tale soluzione offenderebbe chi credente non è e non tollera nessun simbolo religioso. Se non fosse intervenuta detta ordinanza avrebbe la Corte ribadito quanto affermato nella sentenza 203 del 1989 sulla rilevanza dell'esperienza religiosa o si sarebbe richiamata a una più generica lettura del principio di laicità ?

Il tema è ancora più ampio e merita, in questa sede, solo un accenno. La libertà di religione proprio perché volta alla tutela del sentimento religioso - o comunque di chi è portatore di determinati principi, anche se non credente - comporta il riconoscimento dell'*obiezione di coscienza* laddove i doveri del proprio *status* dovessero rendere necessari comportamenti che offendono la sensibilità di chi ad essi sarebbe tenuto. Mi riferisco all'obiezione al servizio in armi (che non può valere solo per i credenti), all'obiezione per i medici (in genere cattolici) di praticare determinati interventi, dalla fecondazione assistita alla interruzione della gravidanza [Di Cosimo, 2000,29 ss]. Già da tempo si pongono problemi in relazione ad alcune confessioni diverse dalla cattolica (è accettabile da parte di un medico testimone di Geova l'obiezione di coscienza a una trasfusione di sangue in situazioni di emergenza ?) ; non è difficile immaginare quanta estensione potrebbe avere questo principio in una società multiculturale (si pensi, per esempio, al rifiuto delle vaccinazioni opposto da alcuni correnti fondamentaliste che hanno portato in Pakistan all'assassinio di un medico dell'Unicef: v. *Corriere della sera del 19 febbraio 2007*).

#### *7 e. Un tentativo di definizione:la laicità (non principio autonomo ma ) sintesi dei principi del costituzionalismo liberaldemocratico accolti nella Costituzione italiana*

La gran parte dei tratti che caratterizzano la laicità di un ordinamento è indubbiamente presente nel nostro sistema costituzionale ma può ritenersi sussistente - come dice la Corte - un "principio di laicità" oppure sono ancora giustificati i dubbi di una parte della dottrina e della stessa Corte costituzionale fino alla decisione del 1989? Sulla individuazione di un autonomo principio di laicità nella nostra Costituzione continuo a mantenere dei dubbi. Se di principio fondamentale si fosse trattato troverei strano che la Corte se ne fosse accorta dopo quasi un quarantennio di attività , dopo avere ripetuto, per anni, che la confessione cattolica avrebbe dovuto godere di una posizione privilegiata "*perché professata dalla maggioranza degli italiani*". Non dobbiamo dimenticare che anche la dottrina, nell'enucleare i principi fondamentali della Costituzione, ha parlato di principio personalista, di principio democratico, di principio autonomista , di principio pacifista, di principio lavorista ma mai ha fatto riferimento al principio di laicità [ Mortati 1975, 149 ss; Onida 1997, 98 ss]. Ma questo di per sé non è significativo .

I dubbi possono essere così riassunti: a) il principio di laicità, rigorosamente inteso, non è in contrasto con la rilevanza costituzionale riconosciuta al Concordato? Non è in

contrasto con la “*macroscopica diversità di posizione e di trattamento*” [D’Avack 1974,601] così riconosciuta a favore della confessione cattolica? b) La sottoposizione all’impero della legge, sia pure sulla base di “intese” (non fra “pari” dice la Corte : **Sent.39 del 1965**), delle confessioni diverse dalla cattolica non sottolinea la posizione di privilegio della Chiesa cattolica, riconosciuta invece “ordinamento sovrano”? Non saremmo di fronte a un “pluralismo imperfetto”[Bouchard 2004]? c) Il riferimento alle “intese” non sottolinea la sottrazione al diritto comune anche delle confessioni diverse dalla cattolica, distinguendo fra le stesse in relazione all’intesa raggiunta (o non raggiunta)? Non vi è disparità fra chi è ammesso alla intesa e chi è sottoposto alla legge generale (peraltro ancora la legge 1159 del 1929)? d) Come conciliare il principio di laicità con la giurisprudenza della Corte costituzionale - e con la legislazione che ne è conseguita - che ha salvato i reati a tutela del sentimento religioso? e) Come interpretare l’orientamento della stessa Corte che nell’individuare il principio di laicità sottolinea da un lato “*la legittimità del riconoscimento del valore della cultura religiosa*” e dall’altro il riconoscimento del “*cristianesimo come parte del patrimonio storico del popolo italiano*”( **Sent. 203/1989**)?

Del resto, le difficoltà a configurare un autonomo principio con contenuti chiari e univoci sono espressi proprio da detta sentenza : per un verso essa parla di “*principio supremo di laicità*” marcando fortemente così, già col *nomen*, l’ordinamento costituzionale, poi nel merito apre a una marcata valorizzazione delle esperienze religiose (con un contenuto quasi americano nonostante il *nomen* quasi francese), infine nel dispositivo fa saltare l’obbligatorietà dell’ora alternativa alla religione (gradita alla Chiesa cattolica perché puntellava indirettamente il ruolo dell’insegnamento cattolico). Insomma un itinerario logico alquanto sinuoso e che quindi, tra l’altro, consente il mantenimento dell’ora di religione fra le materie curriculari , la presenza degli insegnati di religione negli scrutini, il loro inserimento in ruolo, l’insegnamento della religione nelle scuole materne.

L’ambiguità della strada percorsa dalla Corte costituzionale emerge anche dalla lettura della già citata Sentenza del Consiglio di Stato che si richiama - l’ho già detto prima - al principio di laicità, come individuato dalla Corte costituzionale, per giustificare la legittimità delle norme regolamentari che tuttora impongono l’esposizione del Crocefisso nelle aule scolastiche. Secondo tale decisione , infatti , il Crocefisso esprimerebbe in modo simbolico “*i valori di tolleranza , di rispetto reciproco, di valorizzazione della persona , di affermazione dei suoi diritti ... di autonomia della coscienza morale ... richiamati dalla Corte costituzionale , delineanti la laicità propria dello Stato italiano*”. Anche qui un itinerario logico alquanto sinuoso.

Poiché - spostandomi sul piano della politica del diritto - questo mio dubbio sull’autonomia del principio di laicità potrebbe essere utilizzato da posizioni conservatrici, da parte di chi contesta la giurisprudenza della Corte perché ha condotto al livellamento della tutela penale delle varie confessioni [Olivetti 2000, 3972] dico subito che condivido tutte le conclusioni cui la Corte è pervenuta dalla metà degli anni novanta in poi. Non condivido, invece, le motivazioni che le sostengono e che avrebbero potuto, a mio avviso , trovarsi altrove, in altri principi costituzionali. Per esempio per quanto riguarda la illegittimità dei reati che prevedevano una tutela privilegiata della confessione cattolica, il parametro avrebbe potuto individuarsi non in un generico principio di laicità ma solo nel (più banale) combinato disposto degli articoli 19 e 3 della Costituzione . Sarebbe stata la strada, peraltro, indicata da tempo [Mortati 1976, 1101-1103; Finocchiaro 1997,301 ]. Era proprio necessario appiattirsi al principio di laicità?

La Corte dopo le prime decisioni (sul punto decisamente illiberali) ha colto progressivamente, dalla seconda metà degli anni ottanta in poi, tutte le innovazioni che si rendevano necessarie sul versante del fenomeno religioso e successivamente -soddisfatta del proprio lavoro - ha fatto del principio di laicità una espressione generalizzante delle proprie decisioni. La Corte, in breve, ha sostituito alle norme costituzionali le proprie sentenze. Le ha messe in fila e ne ha tratto un principio. Un tipico caso di *Richterstaat*? Sarebbero giustificate le reazioni di chi da tempo - con posizioni fra loro assai diverse, che vanno da quelle dei "critical legal studies" a quelle dei "postmodernisti" - mette in guardia contro la "tirannia dei giudici"[Carrino 1999, 175], contro la tendenza dei giudici costituzionali a inventare nuovi principi traendoli non dalle norme ma dai casi di volta in volta risolti? Non è detto: forse la Corte ha solo voluto, utilizzando l'espressione "principio di laicità", individuare un criterio di lettura della normativa costituzionale, dotato di mera efficacia argomentativa e retorica, non suscettibile di assurgere al rango di vero e proprio principio costituzionale. Sotto questo profilo - questa è comunque la mia tesi - tale principio di laicità non ha valenza dogmatica; non è un principio in senso proprio, suscettibile di essere applicato autonomamente, prescindendo dall'ausilio dei diversi principi costituzionali cui si collega.

Un principio, d'altro canto, deve trarsi o da una dichiarazione espressa del testo costituzionale o, meglio ancora, dal complesso delle norme costituzionali con procedimento *induttivo*, attraverso un processo di generalizzazione; qui invece, come dicevo, siamo piuttosto al crocevia di vari principi aventi - essi sì - una precisa valenza dogmatica e non meramente argomentativa: il principio democratico (art. 1); il principio di eguaglianza (art. 3); la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21); la libertà religiosa (artt. 19-20); la separazione fra ordine spirituale e ordine temporale (art. 7); il principio pluralista (artt. 2 e 17-18) e la libertà di organizzazione religiosa (artt. 2 e 8); la libertà della ricerca scientifica (art. 33); la libertà della creazione artistica (art. 33); la libertà di insegnamento e di organizzazione scolastica (artt. 30, 33 e 34); la libertà dell'assistenza privata (art. 38), cui aggiungerei il principio personalista (art. 2 e i collegati principi degli artt. 13, 25, 27 Cost.) laddove consente di ritenere preminenti i valori della persona, della sua dignità e della sua autonomia, rispetto ad ideologie statolatrici o ad altri astratti sistemi ideologico-confessionali.

A quest'ultimo proposito mi pongo un interrogativo. Se di principio autonomo si dovesse trattare ci troveremmo di fronte, tra l'altro, come per tutti i principi, a una "*norma senza disposizione*"; ma quale sarebbe il contenuto di questa norma? Potrebbe ricomprendere anche la possibile utilizzazione della laicità come pluralismo di culture (non solo religiose) e come rifiuto dello "Stato etico"? Può esprimere in sintesi i principi propri di una concezione liberale del diritto penale? Io penso di sì - come ho detto nelle pagine precedenti - ma giungo a questa conclusione proprio perché la laicità esprime in sintesi i valori propri del costituzionalismo liberale; difficilmente si potrebbe pervenire alla stessa conclusione ove essa sia alimentata solo dalle norme relative alle confessioni religiose. Quanto ho prima ricordato richiamando i principi relativi alla repressione penale (il necessario riferimento al bene giuridico tutelato e non all'autore del reato; la determinatezza della fattispecie; l'irretroattività delle norme incriminatrici; il principio di materialità; il principio di colpevolezza; il principio di offensività) può farsi rientrare nella trame dei principi del costituzionalismo ma troverebbe una collocazione impropria in un principio di laicità che fosse espressione delle sole norme costituzionali relative al fenomeno religioso.

La laicità non è, dunque, come invece dice la Corte nella citata decisione 203/1989, un principio tratto dal complesso delle norme costituzionali relative al fenomeno religioso ma è la trama di *valori* che unisce insieme i *principi* prima indicati; è, in breve, un corollario degli stessi principi democratico-liberali che informano il modello di costituzionalismo accolto dalla nostra costituzione. Non è un *principio* dal quale trarre altri principi o norme inespresse, utilizzando *tecniche deduttive* proprie della logica formale, ma il *risultato* di più flessibili *tecniche argomentative* che mettono insieme, *a posteriori*, più principi fra loro diversi e collegati. In breve; non siamo di fronte ad un principio normativo ma ad un *criterio di classificazione* che ha una duplice funzione: a livello interno fornire un criterio di lettura di più principi e a livello comparativo individuare i tratti comuni a vari ordinamenti liberaldemocratici.

Faccio a me stesso una possibile obiezione: quanto fin qui ho detto implica che un principio di laicità è presente solo nelle costituzioni che si autodefiniscono laiche? Solo nell'ordinamento francese o in quello russo o in quello turco? Non è così [su questa posizione invece Finocchiaro 1997, 301]. Poiché il cammino della laicità coincide per larghi tratti - lo si è visto nelle pagine precedenti - con il cammino del costituzionalismo, dai primordi alle più mature posizioni, ne deriva che, così come diverse sono le forme assunte dal costituzionalismo liberaldemocratico, non tutte coincidenti (nel tempo e nello spazio) sono le varie versioni della laicità. Tali principi non implicano inevitabilmente l'indifferenza dello Stato rispetto al fattore religioso. *Neutralità* dello Stato non significa necessariamente *neutralizzazione* del fenomeno religioso. In tal caso il principio di laicità verrebbe inteso come "libertà dalla religione" [Bin, 1996, 43] e dovrebbe comportare che non si possano qualificare i comportamenti dei cittadini sulla base delle motivazioni religiose degli stessi. Ma come riconoscere allora le varie forme di obiezione di coscienza che hanno una motivazione religiosa?

La riduzione della religione ad un ambito privato rappresenta una variante possibile della laicità ma non - io credo - un condizione necessaria [di opposto avviso per tutti Lariccia, 2006, 439]. La laicità di un ordinamento può dunque assumere diverse forme, da quella nordamericana, che punta sul diritto comune a tutte le confessioni, a quella italiana o spagnola che fa perno sui concordati o sulle "intese"; da quella francese che si basa sulla neutralità e indifferenza dello Stato a quella inglese o di taluni paesi scandinavi che, pur collegandosi con legami istituzionali a determinate confessioni religiose, assicurano tuttavia il pluralismo ed evitano discriminazioni fra i cittadini. Non mi sento di dire che la Francia è una nazione laica e il Regno Unito invece non lo è (e ancor meno dire che la Russia lo è mentre non lo sarebbe la Danimarca): si tratta di due diverse versioni di una medesima trama laica che percorre il costituzionalismo liberaldemocratico europeo. Le stesse norme penali in materia possono assumere ulteriori forme, da quelle che si limitano a tutelare la libertà dei culti a quelle che tutelano anche il sentimento religioso. Non è possibile, quindi, dare un contenuto univoco al principio di laicità ed è difficile quindi consentire o dissentire da affermazioni di principio. Non credo che sia possibile affermare che il prossimo traguardo della Corte costituzionale non può che essere, in forza del principio di laicità, la caducazione delle norme penali poste a tutela del sentimento religioso o il meccanismo dell'otto per mille [Croce 2006, 439].

Lo so: in tal modo la laicità perde quell'"aggressività" che - richiamando una nota immagine di Carl Schmitt - è propria dei valori che immediatamente si traducono in "principi" ma è anche vero che in tal modo essa può divenire un paradigma più inclusivo, utile per quei processi di "ottimizzazione" e "ponderazione" dei diritti cui si riferiscono

Alexy, Habermas, Dworkin [Bongiovanni 2000, 13 ss Gozzi 1999].

Non è, infatti, solo un problema di inquadramento teorico. Dall'individuazione della laicità come principio autonomo si fanno, infatti, derivare non poche implicazioni. Non infrequente è il tentativo di assolutizzare tale principio, fino a sacrificare ad esso altri valori costituzionali che hanno un rilievo costituzionale non secondario rispetto al principio di laicità. Così accade quando si afferma che poiché la libertà di insegnamento del singolo docente è limitata dal principio di laicità può essere imposto al docente un insegnamento a necessario orientamento laico. Si può impedire al medesimo docente un insegnamento della propria disciplina dando ad essa un orientamento religioso [Guazzarotti 2001, 237]? Così accade quando partendo dalla affermazione che il principio di laicità è un valore preminente in una società multiculturale si arriva a porre in secondo piano i principi costituzionali sulla famiglia, fino a giustificare il ripudio della sposa come forma di separazione e a "non ritenere impensabile" una rimozione del divieto di poligamia" [Rimoli 1996, 6 ss]. Così accade quando si ritiene che il principio di laicità richiederebbe a tal punto la "inclusione" delle altre culture fino a ritenere in esso contenuto "un dovere di tolleranza" verso la violazione di altri puntuali principi costituzionali, non esclusi quelli lesi dalla pratica (tribale non religiosa) della escissione e della infibulazione [Zanetti 2003, 7 ss ma vedi anche Guazzarotti 2001, 229]. Il tema comunque non è inventato: fino a che punto la tutela delle minoranze religiose, laddove comporti anche interventi attivi dello Stato, è pienamente coerente con un generico principio di laicità? Come mettere insieme, in breve, il "diritto alla eguaglianza" fra le confessioni, che sottende il tradizionale principio separatista, con il "diritto alle differenze o alla diversità" proprio delle società multiculturali [Gianformaggio 1996]?

E come ritenere il principio di laicità frutto di un processo di generalizzazione ed astrazione dalle norme costituzionali, ivi compreso l'art. 7, e poi chiedere in base allo stesso principio che siano espunte dalla Costituzione le norme con esso incompatibili, in particolare quelle che prevedono il regime concordatario? L'art. 7 è una eccezione rispetto a tale principio di laicità [Lariccia 2006, 437], ovvero contribuisce esso stesso a delineare (nel bene o nel male secondo i punti di vista) il volto del nostro ordinamento costituzionale? Come obiettivo di politica costituzionale può essere perseguibile - e auspicabile - il superamento del Concordato ma questo non può derivare da una lettura del "principio di laicità" come principio costituzionale. Tale obiettivo può, se mai, derivare da una concezione storico-filosofica della laicità, non dalla rilevazione di un principio *giuridico* immanente all'ordinamento costituzionale. L'eccedenza di contenuto ideologico è sempre un rischio incombente in questi temi. Peraltro, come si è visto, la Corte costituzionale ha considerato sindacabili le norme che danno attuazione al Concordato ma solo se "in contrasto con i principi supremi" della Costituzione. Sarebbe un'antinomia logica - io credo - ritenere il Concordato in contrasto esso stesso con il "principio supremo" della laicità.

Vi è infine una ragione che spinge ad evitare definizioni astratte ed aprioristiche. Nel delineare i caratteri della laicità di un ordinamento occorre valutare, insieme alle norme costituzionali, anche le stesse norme della legislazione ordinaria [e anche regionale :Cimbalo 2001, 97 ss.] , ove non direttamente contrastanti con il testo costituzionale,. Esse, aiutando a interpretare norme volutamente lasciate elastiche dalle disposizioni costituzionali, possono darci il segno della laicità di un ordinamento: si pensi in Italia alla legislazione della metà degli anni settanta, che, operando una rottura rispetto alla legislazione precedente, ha introdotto il divorzio (legge 890/1970), ha stabilito un nuovo

diritto di famiglia (legge 151/1975) , ha introdotto norme sulla interruzione della gravidanza (legge 194/1978), ha previsto una legislazione sulla obiezione di coscienza (legge 772/1972).

Il riferimento alla legislazione ordinaria può sorprendere in un'analisi di diritto costituzionale, essendo le stesse solitamente attente a valutare la legislazione ordinaria alla luce di un parametro costituzionale predefinito, ma non sempre è così. Certamente deve essere preminente la pre-definizione del parametro ma esso può essere letto - e definito - alla luce delle effettive tendenze della legislazione vigente. Come da tempo sottolinea la dottrina tedesca accanto alla *Verfassungswidrigkeit des Gesetzes* va considerata anche la eventuale *Gesetzmässigkeit der Verfassung* [Leisner 1962]. Sotto questo profilo , quindi, potrà essere utile trarre elementi da altri settori dell'ordinamento, dal diritto penale, dalla legislazione scolastica, dal diritto amministrativo, dal diritto regionale, in un rapporto dialettico che ovviamente sia polarizzato sui principi costituzionali. E sarà anche utile trarre elementi dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa [Lariccia , 2006, 417]. In ogni caso le prassi amministrative e politiche potranno dirci quanto sia effettivamente vivente una dichiarazione di laicità e quanto invece essa non lasci spazio a indebite "ingerenze" delle autorità religiose. Espressione, quest'ultima, difficilmente inquadrabile sotto il profilo dell'analisi giuridica ma che tuttavia meriterebbe una analisi utilizzando i criteri empirici propri della scienza politica. I diversi momenti vissuti dalla politica italiana , talora ferma restando la medesima legislazione, ne sono una prova evidente. Il problema si sposta al sistema politico. Fino a che punto possono dirsi soddisfatte le condizioni politiche per una effettiva pratica del principio di laicità? E si sposta altresì al problematico rapporto - cui sopra accennavo - fra scelte politiche ed etica pubblica.

## 8. La laicità come metodo

A differenza di quanto fin qui svolto - prima con una panoramica storico-comparativa poi con riferimento al diritto positivo italiano - entriamo adesso nel campo della politica legislativa , l'ultimo dei volti della laicità cui mi sono riferito all'inizio dello scritto. Nelle questioni eticamente sensibili - lo dicevo prima - è difficile rinvenire una visione comune a tutte le componenti della società. Ma proprio per questo bisogna salvare, nel dibattito su questi temi e nella conseguente disciplina normativa, ciò che è comunque "bene comune", vale a dire il pluralismo di dottrine, di idee, di stili di vita. E questo - a me pare - è compito alto di una politica che vuol definirsi laica.

Tale ricerca comune è ancora più problematica in un Paese come l'Italia. Per due ragioni: per la presenza del Pontefice, che è anche Vescovo di Roma e Primate della Chiesa italiana, e per la funzione politica tradizionalmente svolta dai cattolici. Tale funzione nei decenni scorsi era stata svolta dal partito della Democrazia cristiana [Garelli 2006], ma dal 1994 in poi, dopo la rottura dell'unità politica dei cattolici, per l'effetto bipolarizzante delle leggi elettorali maggioritarie, l'influenza confessionale ha avuto modo di riemergere, sia pure in forme nuove, per il tentativo dei due schieramenti di acquisire consenso elettorale . Le tensioni attuali traggono origine dall'esplosione del dibattito sui temi "eticamente sensibili" che ha portato la Conferenza episcopale italiana (e talvolta lo stesso Pontefice) a stimolare i parlamentari cattolici a un impegno coerente con il magistero della Chiesa e financo - come accaduto nel 2005 con l'invito all'astensione *dal* voto in

occasione del referendum sulla legge in tema di fecondazione assistita - con interventi diretti nella tattica politica [Margiotta Broglio, 2006, 93-94]. A ciò si aggiunga che dopo l'acuirsi dei conflitti con il fondamentalismo islamico è cresciuta la tentazione (anche da parte di chi non è praticante, da parte degli "atei devoti", è stato detto con linguaggio giornalistico) di utilizzare la religione cattolica come "religione civile", per affermare una identità europea, in sintonia con correnti c.d. "neocon" di oltreoceano.

Ma la laicità richiede il senso del limite. Lo richiede sia ai laici sia a chi è portatore di una fede religiosa. Vi può essere un metodo e un atteggiamento laico in chi è credente e vi può essere, viceversa, un atteggiamento non laico da parte chi pretende di imporre come assolute pretese verità razionali. I credenti - mi riferisco in particolare ai cattolici - sanno bene da tempo, dai padri della Chiesa in poi che il peccato opera in una sfera diversa dall'illecito giuridico ma essi dovrebbero essere anche consapevoli, da quando hanno operato la scelta democratica, che non si possono imporre, attraverso le norme giuridiche, a tutti, anche a chi credente non è, i propri convincimenti e comportamenti etici. Frequente è talvolta anche un fondamentalismo laico. Il compito del laico è quello che Immanuel Kant pone a base di un suo celebre scritto sull'illuminismo del 1784 [Kant, 1995 45 ss]: *abbi il coraggio di servirti del tuo intelletto*, vale a dire della tua capacità di conoscere la realtà superando pregiudizi oscurantisti, superstizioni, dogmatismi, verità non supportate dalla scienza e dalla ragione. Ma è anche vero che il laico - se vuole rimanere tale - deve avere l'inquietudine della ricerca, mantenere il pungolo del dubbio e non adagiarsi sulle verità dogmatiche che sono proprie o delle ideologie o delle religioni vissute acriticamente. Egli deve possedere spirito critico (e autocritico) e misura nel giudicare. Proprio perché è un intellettuale, non un "ideologo", crede nelle proprie ragioni ed è aperto alle ragioni degli altri. I laici *"non possono negare in linea di principio un potenziale di verità alle immagini religiose"* [Habermas, 2006, 18].

Si usa dire, in questi casi, che la laicità non deve scadere in "laicismo" ma francamente non so cosa in concreto significhi questa espressione [per quanto si sia tentato di valorizzarla: Tortarolo 1996] spesso usata in ambiente ecclesiastico per contrapporla alla "sana" laicità e già usata dai cattolici comunisti per definirla *"illusione esclusivistica di chiara matrice liberista e borghese"* [Di Pietro, 155 pseudonimo di F. Rodano]. Preferisco evitare questa espressione e dire che la laicità non può trasformarsi in ideologia fondamentalista ma deve porsi soprattutto come *metodo*, come atteggiamento intellettuale [Boniolo, 2006, XVIII].

Il metodo laico - vale per tutti - non significa necessariamente relativismo, eclettismo, indifferentismo, ma è il presupposto per la coesistenza di verità parziali, è dialogo continuo fra posizioni etiche diverse. In questo quadro nessuno deve pretendere di possedere le chiavi per una verità certa e condivisa. Anche se possiede certezze interiori chi è laico, credente o non credente, non possiede mai, una volta per tutte, la piena comprensione della Verità. Ancor più di fronte al mistero della vita, laddove la scienza non è in grado di dare tutte le risposte necessarie. Lo abbiamo visto nel dibattito sulla fecondazione medicalmente assistita e prima nel dibattito sulle cellule staminali in cui si contrapponevano anche diverse scuole scientifiche. L'unica certezza è il metodo laico, che non è non dottrina accanto ad altre dottrine, ma è regola per fare coesistere e dialogare fra loro tutte le fedi e tutte le dottrine [Calogero, 1977; Rimoli, 1995, 4; 2006, 364], presupposto per la stessa coesistenza in una società democratica.

Che fare nel caso in cui non si riescano ad elaborare posizioni comuni? I valori della laicità sono strettamente legati, come ho più volte sottolineato, con i principi e le tecniche del

costituzionalismo. Secondo i principi propri del costituzionalismo liberaldemocratico la principale tecnica di adozione delle decisioni politiche è il “*principio di maggioranza*”, vale a dire affidare le decisioni politiche alla *maior pars*, lasciando ai margini altre tecniche, sia il principio di unanimità sia, soprattutto, il criterio della “*sanior pars*”. In base a questo ultimo criterio la decisione è lasciata alle persone investite di una autorità derivante o da un carisma o da una condizione sacerdotale (è infatti la tecnica di decisione prevista nella Chiesa cattolica e in talune nazioni islamiche). Il principio di maggioranza è la conseguenza sia del riconoscimento della eguaglianza dei cittadini sia di un fondamentale principio liberale, in base al quale nessuno può considerarsi portatore di verità assolute ma solo di *verità parziali* [Barbera - Fusaro 1996]. Chi è portatore di verità assolute non può accettare di essere in minoranza sulla base della conta dei voti. Le sue certezze non sono negoziabili e lo possono rendere intollerante.

Il ricorso al principio di maggioranza è dunque l'unica risorsa possibile qualora non si raggiunga un'intesa fra posizioni diverse. Con un duplice limite. Il primo riguarda la stessa difesa del principio di laicità, che le maggioranze non sono legittimate a mettere in discussione proprio perché si tratta di un principio fondamentale di una costituzione liberaldemocratica (da qui le forme di laicità protetta di cui abbiamo parlato) riguardando i diritti di libertà e il principio di uguaglianza su cui si basa il principio di maggioranza stesso [Kelsen 1955, 267]. Il secondo riguarda gli oggetti presi in considerazione. La delicatezza della materia trattata, relativa a valori essenziali per la comunità, non significa che le varie maggioranze possono annullare completamente le ragioni delle minoranze. La vicenda che ha accompagnato - lo dico incidentalmente - la approvazione della legge sulla fecondazione assistita non sempre è stata rispettosa del principio di maggioranza, né da parte di coloro che hanno contestato la legittimazione del Parlamento a decidere, né da parte di chi ha fatto ostruzionismo (perché di questo si è trattato) per evitare che a decidere fossero gli elettori nella consultazione referendaria. Dire che le maggioranze parlamentari non possono decidere perché sono in discussione i diritti delle donne o le maggioranze degli elettori non possono pronunciarsi, con un “sì” o con un “no”, perché sono in discussione i diritti dell'embrione significa contraddire, da entrambe le posizioni, importanti fondamenti del costituzionalismo liberaldemocratico. Ma le maggioranze, allorché sono in discussione temi “eticamente sensibili”, non possono sacrificare del tutto le ragioni di cui sono portatrici le minoranze [Barbera-Ceccanti 2005, 31 ss]. Devono porsi l'obiettivo di un equilibrato bilanciamento fra valori contrapposti, un bilanciamento trasversale tra valori, diritti e interessi diversi: ad esempio tra tutela della vita del bambino e tutela della salute della madre; fra la scelta religiosa del Testimone di Geova e il diritto alla salute del minore cui deve essere praticata una trasfusione; fra gli obblighi di servizio dell'operatore sanitario e l'obiezione di coscienza; fra il diritto a procreare con ogni mezzo e lo sviluppo psichico del minore privato della doppia figura genitoriale; fra la dignità dell'embrione e la libertà della ricerca scientifica; fra il divieto di accanimento terapeutico e la difesa della vita; fra la difesa della famiglia fondata sul matrimonio e la tutela dei diritti dei conviventi. In questi casi non devono scontrarsi *ragioni assolute* ma vanno operati, in forma “discorsiva” bilanciamenti ispirati a criteri di “*accettabilità razionale*” [Habermas 2001; assai critico invece Rimoli 2006, 335 ss], vale a dire di “ragionevolezza” e di “proporzionalità”. In questo senso del resto opera da tempo la giurisprudenza della Corte costituzionale [Morrone 2001, 275 ss]. Tale bilanciamento è ovviamente meno problematico se viene riconosciuto ai cattolici impegnati nell'attività politica quell'autonomia che è loro solennemente riconosciuta dalla *Gaudium et Spes*

[Travi 2006, 379].

La laicità non può che esigere, sia da chi è portatore di una fede sia da chi si basa su convinzioni razionali, la capacità di alimentare un *ethos* comune [Rawls J, 1971; Rusconi 2006, 66]. Anche nelle materie eticamente sensibili vale la distinzione weberiana fra etica dei "principi" ed etica della "responsabilità", vale quindi la capacità di distinguere tra i singoli valori che sono di per sé, presi isolatamente, non negoziabili e le concrete scelte legislative dove sono in gioco valori portati da gruppi diversi e talvolta contemporaneamente incidenti su una medesima decisione legislativa.

## Riferimenti bibliografici

- AA.VV., *I Diritti umani*, a cura di S. Schute e S. Hurley, Milano 1994
- Ainis M., *Le libertà negate*, Rizzoli, Milano 2004
- Alexy R., *Interpretazione*, in Enciclopedia delle Scienze sociali, Istituto Treccani, Roma 1996
- Alexy R., *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997
- Arendt H., *Le origini del totalitarismo*, Comunità, Milano 1996
- Baccari R., *Vigenza e validità delle norme sull'esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (inserito nel 2003);
- Barak A., *La revolution constitutionnelle: la protection des droits fondamentaux*, in *Pouvoirs* 1995 (72)
- Barbera A., *Commento all'art.2*, in *Commentario della Costituzione italiana*, a cura di G.Branca, Zanichelli, Bologna 1974
- Barbera A., "Nuovi diritti". *Attenzione ai confini*, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di Licia Califano, Giappichelli, Torino 2004, 31 ss
- Barbera A. (a cura di) *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, VIII ed., Laterza, Bari 2005, p. 4 ss
- Barbera A., : voce: *Popolo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S.Cassese, Giuffrè, Milano 2006
- Barbera A. -Ceccanti S., *I fondamenti giuridici di una possibile convivenza*, in *Atlantide*, n. 3 del 2005, p. 31 ss
- Barbera A. -Fusaro C., *Maggioranza (principio di)*, in Enciclopedia delle scienze sociali, Istituto Treccani, Roma 1995, *ad vocem*;
- Barbera A., *Prefazione a Weiler*, Un'Europa cristiana, Rizzoli, Milano 2003
- Barbero A., *Carlo Magno .Un padre dell'Europa*, Laterza, Roma-Bari 2002
- Bauberot J., *Histoire de la laïcité en France*, Puf, Parigi 2007.
- Berlin I., *Quattro saggi sulla libertà*, Feltrinelli, Milano 1989 (ma l'opera è del 1958)
- Berti G., *Libertà e responsabilità nella docenza universitaria*, in *Jus* 2000
- Bessone M., *Commento agli articoli 29-31*, in *Commentario della Costituzione italiana*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna 1976
- Bigiavi W., *Ateismo e affidamento della prole*, Cedam, Padova, 1951
- Biggini C.A., *Storia inedita della Conciliazione*, Grazanti, Milano 1942
- Bin R. *Libertà dalla religione*, in Bin Pinelli, *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1996 ;
- Bin R., Brunelli G., Pugiotto A., Veronesi P., *La laicità crocifissa?, Il nodo costituzionale*

- dei simboli religiosi nei luoghi pubblici Giappichelli, Torino, 2004, p. 298
- Böckenförde E.W., *Cristianesimo e potere*, a cura di P.Prodi e L.Sartori, Il Mulino, Bologna 1986
- Bolgiani F., Margiotta Broglio F., Mazzola Z., *Chiese cristiane ,pluralismo religioso e democrazie liberali in Europa*, Il Mulino, Bologna 2006
- Bongiovanni G., *Teorie costituzionalistiche del diritto. Morale diritto e interpretazione in R.Alexy e R.Dworkin*, Clueb, Bologna 2000
- Boniolo G.(a cura di) , *Laicità*, Einaudi, Torino, 2006
- Bouchard G., *Concordato e intese, ovvero un pluralismo imperfetto*, in Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, n.1, 2004
- Bricola F., *Teoria generale del reato*, in Novissimo digesto italiano, XIV, Utet Torino 1973, ora in *Scritti di diritto penale*, Giuffrè, Milano 1997, vol.I, Tomo I, 541 ss
- Bricola F., *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela* , ora in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, Bologna 1997
- Calamandrei P., *Appunti sul concetto di legalità* ,in Opere , a cura di M.Cappelletti, vol.III, Morano ,Napoli 1968, p. 52 ss.
- Calogero G., *Filosofia del dialogo*, Comunità, Milano 1977
- Calvi G., *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore* , Cedam , Padova 1967
- Canestrari S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in Studi in onore di G. Ma rinucci , Giuffrè , Milano 2006
- Canestrari S., Cimbalo G., Pappalardo G., *Eutanasia e diritto*, Giappichelli, Torino 2003, p.85 ss; Capitini A., Magni C., Borghi L., Peyrot G., *La libertà religiosa in Italia*, Quaderni del Ponte , La Nuova italia, Firenze 1956
- Carbone e: *Il fattore religioso nell'affidamento e nella educazione della prole. Rileggendo Walter Bigiavi*, in *Politica del diritto* 2006
- Cardia C., *Stato laico*, in Enciclopedia del diritto, XLIII, Giuffrè, Milano 1990
- Carrino A., *Robert M.Unger e i Critical Legal Studies: scetticismo e diritto* , in Zanetti G., *Filosofi del diritto contemporanei* , Cortina editore, Milano 1999
- Casuscelli G. , *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di vilipendio della religione* ,in Quaderni di diritto e politica ecclesiastica 2001, fascicolo 3, .
- Cavana P., *La caducazione del delitto di vilipendio della Religione di Stato: luci e ombre di un'incostituzionalità annunciata* , in *Giur.cost.*, 2000, p. 3979 ss.
- Cavana P., *I segni della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Giappichelli, Torino 2004, p.117 ss
- Ceccanti S., *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi, società multietniche*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 45-65.
- Ceccanti S., *Religione, diritti e garanzie nei Paesi arabi*, in Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, fascicolo 1, aprile 2003
- Celotto A., *Tasso alcolico alla guida e libertà individuale*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (2002)
- Cerroni U., *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, Giuffrè, Milano 1962
- Chemerinsky E., *Constitutional Law*, Aspen Law & Businnes, New York, 2001
- Chessa O., *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002
- Cimbalo G., *La scuola tra servizio pubblico e principio di sussidiarietà*, Giappichelli , Torino 1999
- Cimbalo G. *Europa delle Regioni e confessioni religiose. Leggi e provvedimenti regionali di interesse ecclesiastico in Italia e Spagna*, Giappichelli, Torino 2001

- Colaianni N., *Tutela della personalità e diritti della coscienza*, Cacucci, Bari 2000,
- Colaianni N., *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, Il Mulino, Bologna, 2006
- Coppola R., *Ancora sulla guerra mossa al Crocefisso*, in [www.foruncostituzionale.it](http://www.foruncostituzionale.it) [inserita nel 2002]
- Cortese R. *Moralità (diritto pubblico)*, in Enciclopedia del diritto, XXVII, Giuffrè, Milano 1977
- Croce M., *La libertà religiosa nella giurisprudenza costituzionale*, in Diritto pubblico 2006
- Cusimano F.A., *Stato etico e stato democratico*, Giuffrè, Milano 1953
- D'Amico M., *Una nuova figura di reato :la bestemmia contro la Divinità*, in Giur.Cost.1995
- D'Avack P.A., *Libertà religiosa*, in Enciclopedia del diritto, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974
- Dalla D., Lambertini R. *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino 1996
- Dalla Torre G., *Laicità dello Stato :una nozione giuridicamente inutile?* in Riv.it.fil.dir, 1991
- De Vergottini G., *Le transizioni costituzionali*, Il Mulino, Bologna, p. 63ss
- De Ruggiero G., *Storia del liberalismo europeo*, Laterza, Bari 1949
- Denninger E., *La riforma costituzionale in Germania fra etica e certezza del diritto*, in Giur. Cost. 1993
- Di Cosimo G., *Coscienza e costituzione*, Giuffrè, Milano 2000
- Di Pietro M.C. (pseudonimo di Franco Rodano), *Politica laica e politica laicista*, ora in Giovanni Tassani (a cura di) *Alle origini del compromesso storico*, Edizioni dehoniane, Bologna 1978, 151 ss
- Di Salvatore E., *Il sentimento religioso nella giurisprudenza costituzionale*, in Giur. cost. 2000
- Donini M., *Teoria del reato*, in Digesto delle discipline penalistiche, XIV, Utet, Torino 1999
- Dworkin R., *I diritti presi sul serio*, con introduzione di G. Rebuffa, Il Mulino, Bologna 1982
- Dworkin R., *The moral reading of the american Constitution*, Oxford University Press, 1996
- Elia L., *A proposito del principio di laicità dello Stato e della difficoltà di applicarlo*, in Studi in onore di Giorgio Berti, II, Iovene, Napoli 2005
- Ellis J., *La Chiesa ortodossa russa*, Edizioni dehoniane, Bologna 1989. p. 1934 ss
- Facchi A., *L'argomento dell'"infelicità" e l'escissione*, in *Elementi di etica pratica*, a cura di G.F. Zanetti, Carocci, Roma 2003 13 ss
- Faralli C., *Profili di storia della filosofia del diritto*, Gedit, Bologna 2006, p. 117 ss.
- Fassò G., *Storia della filosofia del diritto*, vol.II, Laterza, Bari-Roma, 2001 p. 200 ss.
- Ferraboschi M., *Laici*, in Enciclopedia del diritto, XXIII, Giuffrè, Milano 1973
- Ferrari S., *Libertà religiosa e sicurezza nazionale in Europa dopo l'11 settembre*, Quaderni di diritto e politica ecclesiastica 2005
- Finocchiaro F., *Commento all'art. 19*, in *Commentario della Costituzione italiana*, a cura di G. Branca, Bologna, 1977.
- Finocchiaro F., *La repubblica italiana non è uno Stato laico*, in Diritto ecclesiastico 1997
- Finocchiaro F., *Il fenomeno religioso*, Manuale di diritto pubblico, III, a cura di G. Amato e A. Barbera, Il Mulino, Bologna 1997
- Finnis J., *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, Torino 1996 con introduzione di Francesco Viola
- Fögen M.T. *Storie di diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale*, Il Mulino, Bologna 2005
- Fontana G., *Il principio supremo di laicità nello Stato-democratico-pluralista e la tutela*

*penale del sentimento religioso*, in Giur. cost. 1998, 987 ss  
 Frosini V. *Il positivismo e la separazione fra diritto e morale*, p. 107 ss in Hart H. *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè Milano 1964, p. 81  
 Fuller L. *La moralità del diritto*, Giuffrè, Milano 1986, p. 236  
 Fumagalli Carulli O., *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Vita e pensiero, Milano 2003  
 Galeotti A.E. *La tolleranza. Una proposta pluralista*, Liguori, Napoli 1994  
 Galeotti A.E., *Joseph Raz e il perfezionismo liberale*, in Filosofi del diritto contemporanei, a cura di G.F.Zanetti, Cortina editore, Milano 1999  
 Galli C., *Libertà e laicità*, in *Le ragioni dei laici*, a cura di G. Preterossi, Laterza, Roma-Bari 2006  
 Garelli F., *L'Italia cattolica nell'epoca del pluralismo*, Il Mulino, Bologna 2006  
 Gianformaggio L., *Politica delle identità (o delle differenze)*, in *Ragion pratica* 1996  
 Gismondi P., *L'interesse religioso nella Costituzione*, in Giur.cost. 1958, 1221 ss.;  
 Gozzi G. *Jurgen Habermas e Robert Alexy: morale diritto e democrazia discorsiva*, in Zanetti G., *Filosofi del diritto contemporanei*, Cortina editore, Milano 1999  
 Guazzarotti A., *Giudici e minoranze religiose*, Giuffrè, Milano 2001  
 Guazzarotti A., *Perché imporre l'incriminazione della bestemmia? (Diritto penale "religioso" e incompetenza dello Stato in "spiritualibus")*, in Giur.cost. 1995;  
 Guerzoni L., *Note preliminari per uno studio della laicità dello Stato sotto il profilo giuridico*, in *Archivio giuridico* 1967  
 Habermas, J., *Fatti e norme: Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano 1996  
 Habermas J., *Tra scienza e fede*, La Terza, Bari-Roma 2006  
 Hart H. *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè Milano 1964, p. 81 ;  
 Hayek (von), *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano 1986  
 Hegel G.W.F., *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Roma-1974 (l'edizione originale è del 1821), p. 333 ss.  
 Huntington S.P. *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Garzanti Milano 1997  
 Jemolo A.C. *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Einaudi, Torino 1971  
 Jemolo A.C., *Stato e Chiesa negli scrittori italiani del Seicento e del Settecento*, Bocca editore, Torino 1914  
 Khaled Fouad Allam, *Islam e laicità*, in *Le ragioni dei laici*, a cura di G. Preterossi, Laterza, Roma-Bari 2006  
 Kant E., *Risposta alla domanda :cosa è l'illuminismo*, ora in *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F.Gonnelli, Laterza, Roma-Bari, 1995, p.45 ss  
 Kelly J., *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Il Mulino, Bologna 1992  
 Kelsen H., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna 1955  
 Klein C., *Etat et Religion en Israël*, in *Pouvoirs* 1995( 72)  
 La Manna E.P., *Il Pensiero antico*, Le Monnier, Forense 1961  
 La Torre M., *Norme, istituzioni, valori*, Laterza, Bari- Roma, 1999  
 Lapidus I.M., *Islamismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, V, Istituto Treccani, Roma, 1996  
 Lariccia S., *Coscienza e libertà, Profili costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Il Mulino, Bologna 1989.  
 Lariccia S., *La laicità in Italia. Un percorso bibliografico*, in *Laicità crocifissa?*, a cura di R.Bin, G.Brunelli, A.Pugiotto, P.Veronesi, Giappichelli, Torino, 2004, 330

- Lariccia S., *La laicità nella Repubblica italiana*, in Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario, Giuffrè, Milano 2006
- Leisner W., *Von der Verfassungsmässigkeit des Gesetzes zur Gesetzmässigkeit der Verfassung*, Mohr, Tübingen 1964
- Locke J., *Lettera sulla tolleranza*, ora in *Opere*, a cura di L. Firpo, vol. II, Utet, Torino 1977, p. 161
- Long G., *Alle origini del pluralismo confessionale*, Il Mulino, Bologna, 1990
- Magro M.B., *Eutanasia e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2001
- Malena M., *Il caso Irving. Libertà di pensiero o mistificazione della realtà?* in Quaderni costituzionali, 2006
- Mancina C., *Laicità e politica*, in *Laicità*, a cura di G. Boniolo, Einaudi, Torino 1996
- Mangiameli S., *La "laicità" dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e pluralismo confessionale (a proposito della sentenza che segna la fine del giuramento del teste nel processo civile)*, in AA.VV. Scritti in onore di S. Galeotti, II, Milano 1998.
- Marchei N., *La Consulta conclude il lavoro "intrapreso" dieci anni fa: un volto "nuovo" ma non troppo per i reati in materia religiosa*, in [www.olir.it](http://www.olir.it)
- Marcuse H., *Ragione e Rivoluzione: Hegel e il sorgere della teoria sociale*, Bologna 1997 (nuova edizione con introduzione di C. Galli),
- Margiotta Broglio F., *La laicità dello Stato*, in *Le ragioni dei laici*, a cura di G. Preterossi, Laterza, Bari 2006
- Margiotta Broglio F., Mirabelli C., Onida F., *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al sistema ecclesiastico comparato*, Il Mulino, Bologna 1997
- Massignon L., *Le respect de la personne humaine en Islam*, in *Islam e le droit de l'Homme*, a cura di Marc Agi, Angeur Editeur, Paris 2007
- Mezzetti L., *Le democrazie incerte*, Giappichelli, Torino 2000
- Mirabelli C., *Prospettive del principio di laicità dello Stato*, in Quaderni di diritto e politica ecclesiastica 2001
- Mordechai Rabello A., *Costituzione e fonti del diritto*, in Groppi T., Ottolenghi E., Mordechai Rabello A., *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Giappichelli, Torino 2006
- Morrone A. *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano 2001
- Morrone A., *Multiculturalismo e stato costituzionale*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto. Multiculturalismo comunicazione federalismo*, Giappichelli, Torino 2005
- Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam Padova 1975 (II, 1976)
- Mosse G.L. *La nazionalizzazione delle masse*, Bologna, Il Mulino 1975
- Musselli L., *Libertà religiosa e di coscienza*, in Digesto delle discipline pubblicistiche, IX, Utet, Torino, 1994
- Olivetti M., *Incostituzionalità del vilipendio della religione dello Stato, uguaglianza senza distinzioni di religioni, e laicità dello Stato*, in Giur.cost. 2000
- Onida V., *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in Manuale di diritto pubblico a cura di G. Amato e A. Barbera, Il Mulino, Bologna 1997
- Panunzio S., *Il sentimento dello Stato*, Libreria del Littorio, Roma 1929,
- Peces Barba, G. *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè Milano 1993
- Pena-Ruiz H., *Qu'est-ce que la laïcité?*, Gallimard, Paris, 2003 ;
- Peyrot G. *Il problema delle minoranze religiose*, in Capitini A., Magni C., Borghi L., Peyrot G., *La libertà religiosa in Italia*, Quaderni del Ponte, La Nuova Italia,

Firenze 1956

Petrone M., *Moralità(diritto penale)*, in Enciclopedia del diritto, XXVII, Giuffrè, Milano 1977

Popper K., *La società aperta e i suoi nemici*, vol.II, Armando Editore, Roma 1986,

Preterossi G., *Contro le nuove teologie della politica*, in *Le ragioni dei laici*, a cura di G. Preterossi, Laterza, Bari-Roma, 2005

Prisco S., *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo stato laico*, loesche editore, Napoli 1986

Prisco S., *Laicità*, in Dizionario di diritto pubblico diretto da Sabino Cassese, vol.IV, Giuffrè, Milano 2006

Pulitanò D., *Laicità e diritto penale*, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2006

Radbruch G., *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 1962 ed ivi la introduzione di Alessandro Baratta

Randazzo B., *Vilipendio della religione: una dichiarazione d'incostituzionalità obbligata*, in Giur. cost. 2000

*Rapporto sulla laicità*, con prefazione di Sergio Romano e postfazione di Enzo Bianchi, Scheiwiller editore, 2004.

Rawls J. *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano 1971;

Rawls J., *Liberalismo Politico*, Milano 1994

Raz J., *I valori fra attaccamento e rispetto*, a cura di F. Belvisi, Diabasis, Reggio Emilia 2003;

Remond R., *La laïcité et ses contraires*, in Pouvoirs 1995 (75)

Renzoni Governatori L., *L'influenza dei valori costituzionali sul sistema dei rapporti fra Stato e Chiesa in Francia*, Giuffrè, Milano 1985

Rimoli F., *Laicità*, (dir. cost.) in Enc. giur., XIX, Istituto Treccani, Roma 1995

Rimoli F., *Tutela del sentimento religioso, principio di eguaglianza e laicità dello Stato*, in Giur. cost. 1997, 3343 ss;

Rimoli F., *Laicità, postsecolarismo, integrazione dell'estraneo: una sfida per la democrazia pluralista*, in Diritto pubblico 2006

Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006

Rousseau J-J., *Il contratto sociale*, ora in *Scritti politici*, a cura di Paolo Alatri, Utet, Torino 1979

Ruffini F., *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Il Mulino, Bologna, 1992

Ruiz Ruiz J.J., *Consuetudini tribale Sharia nell'ordinamento libico*, in Diritti tradizionali e religiosi in alcuni ordinamenti contemporanei, a cura di S. Baldin, Eut, Trieste 2005

Rusconi G.E. *Come se Dio non ci fosse*, Einaudi, Torino 2000

Rusconi G.E., *Laicità ed etica pubblica*, in *Laicità*, a cura di G. Boniolo, Einaudi, Torino 2006

Scheffler T. (a cura di) *Religion between violence and reconciliation*, Beirut-Wurzburg, Ergon Verlag, 2002 (Introduction a cura di T. Scheffler);

Schmitt C., *La tirannia dei valori*, in Rass. dir. publ. 1970 (oppure Pellicani, Roma 1987)

Schmitt C., *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna 1972

Schmitt C., *Teologia politica II*, Giuffrè, Milano 1992

Scoppola P., *La democrazia dei cristiani*, Intervista a cura di G. Tognon, Laterza, Bari-Roma, 2006

Siracusano P., *I delitti in materia di religione :beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Milano 1983, p.273 ss

Spadaro A., *Contributo per una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativistica e*

*assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994

Stella F., *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna 2006

Stortoni L., *Riflessioni in tema di eutanasia*, in S.Canestrari, G.Cimbalo, G.Pappalardo, *Eutanasia e diritto*, Giappichelli, Torino 2003

Stortoni L., *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Critica del diritto* 1994

Stuart Mill J.S. . *Saggio sulla libertà*, Il Saggiatore, Milano 1981

Tega D. *Stato laico tollerante o militante?*, in *Quaderni costituzionali* 2004,

Tega D., , *Il Parlamento francese approva la legge antiveicolo*, in *Quaderni costituzionali* 2004

Tega D., , *La libertà religiosa e il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Laicità crocifissa?*, a cura di R.Bin, G.Brunelli, A.Pugiotto, P.Veronesi, Giappichelli, Torino, 2004

Tega D., *La laicità turca alla prova di Strasburgo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2005

Tocqueville (de), A., *La democrazia in America*, ora in *Scritti politici*, a cura di N.Matteucci, Utet, Torino 1968

Tortarolo E., *Laicismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, V, Istituto Treccani, Roma, 1996

Travi A., *Riflessioni su laicità e pluralismo*, in *Diritto pubblico* 2006

Tripodina C., *Il diritto nell'età della tecnica*, Iovene, Napoli 2004

Van Caenegem R.C., *Il diritto costituzionale occidentale*, Carocci, Roma 2003

Voltaire , *Trattato sulla tolleranza*, Casa editrice Demetra, Bussolengo 2005

Walzer M., *Sulla Tolleranza*, Laterza Roma-Bari 2000.

Weil G, *Soria dell'idea laica in Francia nel secolo XIX*, Laterza, Bari, 1937

Weiler J., *Un'Europa cristiana*, con prefazione di A.Barbera, Rizzoli, Milano 2003

Wolf R.P., Moore jr B., Marcuse H., *Critica della tolleranza*, Torino 1968

[www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

[www.olir.it](http://www.olir.it)

Zagrebelsky G. , *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1993

Zanetti G. F. , *Amicizia, felicità , diritto. Due argomenti sul perfezionismo giuridico*, Carocci, Roma 1998

Zanetti G.F.( a cura di ) *Elementi di etica pratica* , Carocci , Roma 2003, p.13 ss

Zannotti L. , *La laicità senza riserve* , in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2004

Zanone V., *Laicismo* , in *Dizionario di politica*, a cura di Bobbio e Matteucci, Utet, Torino 1976