

Università degli Studi di Firenze

Facoltà di Giurisprudenza

Tesi di laurea in Filosofia del diritto:

IL NEOCOSTITUZIONALISMO E L'IPOTESI DELLA DICHIARAZIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ DI NORME COSTITUZIONALI

Candidata: Teresa Franza

Relatore: Prof. Luigi Lombardi Vallauri

a.a. 2010 – 2011

*Bisogna avere in sé il caos per partorire
una stella che danzi.*

F. Nietzsche, Così parlò Zarathustra.

Ai Luigi della mia vita.

INDICE

IL NEOCOSTITUZIONALISMO E L'IPOTESI DELLA DICHIARAZIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ DI NORME COSTITUZIONALI

INTRODUZIONE.....	I
-------------------	---

CAPITOLO I

UN GIOVANE ISMO FORTUNATO

0. Dichiarazione di intenti.....	1
1. Il <i>neo</i> del costituzionalismo.....	1
2. Il carattere anti-positivismo.....	4
3. Rinascita del diritto naturale?.....	8
4. // neocostituzionalismo: una definizione sistematica.....	10
4.1 / neocostituzionalismi: una duplice lettura.....	12
5. Regole e principi: quale gerarchia?.....	13
5.1 I conflitti tra principi.....	16
6. Più ponderazione (che sussunzione?).....	17
7. Conclusioni: perché occuparsi di neocostituzionalismo.....	20

CAPITOLO II

COSTITUZIONE DIVERSA?

0. A proposito della materia costituzionale.....	23
1. Un <i>mare magnum</i> di principi.....	23
1.1 I "principi generali dell'ordinamento".....	24
1.2 I principi (generali) costituzionali.....	31
1.3 I principi fondamentali.....	32

2. La nascita <<giurisprudenziale>> dei principi supremi.....	34
2.1 La storica sentenza n. 1146 del 1988.	39
3. La dottrina divisa.....	40
4. Il passo in più (tra le teorie costituzionali).	46
5. Interpretazione costituzionale e “ideologia della certezza”	52

CAPITOLO III

LE ANTINOMIE GENERATE DAGLI ARTICOLI 7 E 8 DELLA COSTITUZIONE

0. Una questione di principio.	56
1. Il principio supremo di laicità.	57
1.2 Nota a sentenza.	60
2. I dinosauri in estinzione: gli articoli 7 e 8 della Costituzione.	65
2.1 La madre delle antinomie: l’art. 7 Cost.	65
2.2 La norma inoperante: l’art. 8 Cost.	74
3. Un coacervo di contraddizioni.	78
4. Due strade percorribili: la via legale e la via giurisdizionale.....	84
4.1 La revisione costituzionale tramite legge costituzionale.....	85
4.1.1 Il vento riformatore.....	90
4.2 L’ipotesi della revisione ermeneutica: la dichiarazione di incostituzionalità di norme costituzionali.....	97
4.2.1. <i>Verfassungswidrige Verfassungsnormen</i>	104
4.2.2. <i>segue</i> : la Formula di Radbruch.	109
5. Se si vuole salvare le specie in estinzione.....	111
6. L’otto per <i>uno</i>	114
6.1 Due pesi e due misure.	119

CAPITOLO IV
L'ARCHITETTURA COSTITUZIONALE EUROPEA

0. Un sistema di tutela multilivello.	123
1. Il "posto" della CEDU secondo la Corte costituzionale.	123
2. L'arrivo del <<grande sconosciuto>> portoghese.	126
3. La voce della Corte europea in materia religiosa.	129
4. La laicità europea.	138
5. Lo <i>status</i> delle chiese in Europa.	140
6. Il <<diritto vivente>> della Corte di giustizia.	144
7. Il contesto italiano: se il diritto comunitario corrobora i "principi supremi"	148
CONCLUSIONI (PER UN PRINCIPIO DI PROPOSTA)	152
BIBLIOGRAFIA.....	160
<i>Grazie</i>.....	178

INTRODUZIONE

Il percorso qui tracciato muove da una domanda che si può definire decisamente “osée”¹: sarebbe possibile giungere a una dichiarazione giurisdizionale di incostituzionalità di norme costituzionali?

Non si tratta di uno scioglilingua, ma di un lavoro scientifico e rigoroso, che lungi dal rappresentare una *verità rivelata* si propone modestamente di aprire una riflessione approfondita sul tema, e dimostrare quanto certi risultati, sia pure azzardati, potrebbero essere *teoricamente e giuridicamente* raggiunti.

L'*ambiente* entro cui ci metteremo comodi, sarà quello offerto dal *neocostituzionalismo*, un giovane arrivato tra i due storici colossi rappresentati dal giuspositivismo e dal giusnaturalismo, che tenta di farsi largo come nuova teoria dell'interpretazione giuridica. Una teoria che vuole segnare una rottura con i canoni classici dell'ermeneutica, ma forse non è ancora abbastanza matura per imporsi efficacemente quale metodo prediletto. Qui però se ne accoglieranno *in toto* le basi fondanti, specie la tempra critica, la rinnovata connessione tra morale e diritto e l'interesse costante verso i “principi” e la Costituzione.

Sarà opportuno abbandonare posizioni vetero-positiviste, poiché solo in questo modo ci si potrà preparare per affrontare l'intricata “materia costituzionale” che, in effetti, scopriremo non poter essere ridotta unicamente al testo formale, ma piuttosto comporsi di un substrato fondante, fatto di valori supremi, di principi fondamentali, e anche di regole costituzionali, che però richiede di andare oltre il dato puramente testuale e approdare a una concezione della Costituzione che si riveli *assiologicamente* preminente. Il concetto di “costituzione” può infatti assumere una molteplicità di significati, a seconda della prospettiva entro

¹ Il Prof. Lombardi Vallauri mi concederà di parlare con le sue parole.

cui ci si muova. Nell'ottica del presente lavoro per "costituzione" s'intenderà il *nucleo delle norme fondamentali sulle quali poggia l'esistenza dell'ordinamento statale*², tenendo relativamente in conto i caratteri esteriori con i quali tale nucleo si manifesta. Si chiarisca fin da subito un dato importante: chi scrive è una convinta difensora della Costituzione. Ed è proprio perché la prende "sul serio", perché crede nei suoi valori e nella sua sostanza, che ha voluto indagare all'interno e all'esterno di essa e farne emergere le persistenti antinomie. Poiché in fondo ritiene che così facendo si possano stimolare opportunità di reale "*costituzionalizzazione*" del sistema.

Su questa base, si giunge all'analisi delle norme costituzionali che abbiamo ritenuto essere le più foriere di contraddizioni, ossia gli articoli 7 e 8 dedicati – com'è noto – alla disciplina della materia religiosa. Sono queste, norme che hanno generato accese polemiche sin dal momento del loro affacciarsi alla vita del diritto, già in Assemblea Costituente, e che ancora oggi non smettono di far discutere. Ciò va in gran parte imputato al loro difetto congenito, la loro formulazione equivoca, frutto di un "mal digerito" compromesso politico³. Nel capitolo terzo si tenterà dunque, non senza fatica, di coglierne il peso e la valenza nell'ambito della società odierna, specialmente tenuto conto degli insopprimibili bisogni di pluralismo, di eguaglianza e di laicità che da essa promanano. Tale operazione si rivelerà per il vero una *pars destruens* delle norme in commento, che sfocerà nella prospettazione delle vie percorribili per sperare di comporre le anomalie. E non è certo per esasperato anticlericalismo o per atteggiamenti di laicismo ad oltranza che si arriverà a certe soluzioni. Molto più semplicemente, il grimaldello che verrà

² Cfr. V. CRISAFULLI, voce *Costituzione*, in *Enc. Novecento*, Roma, 1975, pp. 1030 ss.

³ Cfr. A. RAVA, *Verifica dei problemi residui e dei problemi nuovi in tema di libertà religiosa*, in A.A. V.V., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello stato democratico*, Milano, 1973, pp. 7-49.

utilizzato per scardinare tali norme sarà il nostro stesso diritto costituzionale *diversamente* inteso, ovvero *sostanzialmente* tale, che offre validissime ragioni per agire. Acquista rilievo a tal fine il significato logico e teleologico dei <<principi supremi>>: non basta infatti che questi principi, individuati di volta in volta dalla Corte costituzionale, non siano fra loro in irriducibile contraddizione; non lo debbono essere neanche con riguardo alla Costituzione nei suoi enunciati.

Il progetto, poi, sarebbe incompleto ove si rimanesse nel chiuso della *cornice costituzionale interna*. Inevitabile sarà dunque volgere lo sguardo verso l'Europa e verso la grande architettura costituzionale che il mondo cerca di costruire con difficoltà e incertezze, per capire, tra l'altro, se la nostra struttura giuridica sia confacente a una tutela multilivello dei diritti dell'uomo e sia pronta ad affrontare le sfide internazionali.

Un ulteriore avvertimento pare opportuno: se è vero che l'espressione *filosofia* può considerarsi un sinonimo di *spirito critico*, si prepari il lettore, poiché le pagine che seguono compongono un lavoro decisamente *filosofico*. E ci si augura che esso possa contribuire ad alimentare un risveglio laico delle coscienze. Di tutti.

CAPITOLO I

UN GIOVANE ISMO FORTUNATO

0. Dichiarazione di intenti.

Presentandosi come nuova teoria del diritto e dell'interpretazione, il neocostituzionalismo promette di andare lontano. Il "complesso di realtà"⁴ che esso aspira a rappresentare giustifica le difficoltà che sorgono nel fornire una ricostruzione unitaria del modello. Temi come il carattere morale del diritto, l'importanza dell'argomentazione giuridica, il ruolo dei principi, in particolare di quelli costituzionali, assumono una nuova veste e mirano a costruire una figura che faccia vacillare le fondamenta dei due storici colossi: giuspositivismo e giusnaturalismo.

Senza alcuna pretesa di completezza, le pagine che seguono vogliono offrire un *ambiente* confortevole entro il quale muoversi per lo studio della questione che costituisce obiettivo primario di questo lavoro. Si forniranno chiavi di lettura *funzionali* allo scopo che qui ci si propone, e si rinuncerà, di conseguenza, all'approfondimento di parte delle implicazioni teoriche e politiche generate da tale nuova corrente giuridica.

1. Il *neo* del costituzionalismo.

Oggi come ieri gli abusi di potere fanno paura. Gli orrori e i soprusi perpetrati nel corso del secondo conflitto mondiale avevano spaventato a tal punto che i nascenti stati moderni reagivano dotandosi di un armamentario di *valori* da inserire nelle nuove Carte Costituzionali⁵. Esse rappresentavano le fondamenta di una rinnovata società, gli arnesi per

⁴ Il pensiero è alla *politèia*, uno dei termini con cui in greco si indicava la Costituzione. V. M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, cap. I.

⁵ In questo senso anche A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione. Qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in "Dir. soc." 2002, p. 97.

ricostruire l'ordine politico e giuridico ispirandosi all'emergente pluralismo sociale, istituzionale e normativo⁶. Da quest'ultimo punto di vista la *legge*, "storica detentrica della forza necessaria a disciplinare la globalità dei rapporti fra i consociati"⁷, si trovava a dover fare i conti con i giganti democratici e di lì a poco⁸ ogni legge sarebbe stata osservata attraverso la lente del sindacato di costituzionalità. Risultava oramai evidente che la costruzione del nuovo ordine era strettamente collegata (soprattutto) al ruolo fondamentale della giurisdizione, e che la stagione della *sovranità* della legge era destinata a soggiacere di fronte alla complessità moderna⁹.

È proprio "la frammentazione e opacizzazione della sovranità, in termini di mutati attori e protagonisti del processo giuridico, nonché in termini di diverse modalità di produzione e funzionamento delle regole giuridiche"¹⁰, che fa da sfondo alle variegate tesi che vanno sotto il nome di *neocostituzionalismo*¹¹.

Del *costituzionalismo* inteso genericamente come "dottrina della limitazione giuridica del potere"¹², il neocostituzionalismo eredita la funzione di garanzia delle libertà individuali e collettive e il temperamento antidispotico; ma questo figlio legittimo di un padre secolare svilupperà caratteri peculiari.

L'idea di una costituzione come limite al potere politico non viene abbandonata, il passo in avanti consiste nell'individuare limiti di tipo

⁶ Per approfondire si veda M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, e M. PERINI, *A proposito di "neocostituzionalismo"*, in "Sudi Senesi", 2003 fasc. 2, pp. 310-333.

⁷ M. FIORAVANTI, *op. ult. cit.*, p. 98.

⁸ E precisamente dal 1956, anno dell'istituzione della Corte Costituzionale, limitandoci al contesto italiano.

⁹ Sul punto, ampiamente, M. FIORAVANTI, *op. ult. cit.*, p. 102.

¹⁰ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, p. 7.

¹¹ M. PERINI, *A proposito di "neocostituzionalismo"* cit., p. 333.

¹² S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 26.

sostanziale piuttosto che formale¹³. In altre parole, se il costituzionalismo offriva come validi strumenti di contenimento la teoria della separazione dei poteri, i *checks and balance*, le dichiarazioni dei diritti di libertà; il neocostituzionalismo concentra invece l'attenzione sul contenuto e sulla forte connotazione etica dei postulati costituzionali, con l'aspirazione di sollecitare al massimo l'implementazione dei diritti umani. Si può affermare che il neocostituzionalismo recepisca due elementi fondamentali del costituzionalismo: quelli della garanzia giurisdizionale e del forte contenuto normativo della costituzione. Dall'unione di questi elementi scaturisce un modello di costituzione *normativa garantista*¹⁴, ossia una costituzione che si propone non solo di regolare l'organizzazione del potere e le fonti del diritto, ma anche di condizionare efficacemente le scelte collettive generando diritti e obblighi immediatamente esigibili. Da questo momento si è parlato di *rimaterializzazione* e di *straripamento* costituzionali¹⁵, a indicare genericamente il ruolo nuovo assunto dalla costituzione nella previsione di barriere, non solo formali, alla produzione normativa e a proposito della sua capacità pervasiva di tutto il campo giuridico; quanto vale per distinguere efficacemente il neocostituzionalismo dalla matrice costituzionalista.

E' facile intuire come tutto ciò abbia inevitabili conseguenze anche per il lavoro degli interpreti, *rectius* di tutti gli operatori giuridici. Liberati gli argini testuali e subordinata la legge alla costituzione, si amplia la funzione giurisdizionale, ma si tratta di conseguenza in parte imposta dal nuovo materiale giuridico, ossia dalle costituzioni lunghe¹⁶, rigide e

¹³ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2008 fasc. 2, pp. 405-417, p. 406.

¹⁴ Espressione di L. PRIETO SANCHIS, *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*, trad. di G. Saraceni, in "Ragion Pratica", 18/2002, pp. 169-200, p. 173.

¹⁵ *Ibidem*, p. 175.

¹⁶ Per tali si intendano le costituzioni che contengono anche norme <<sostanziali>>: una dichiarazione dei diritti e/o delle disposizioni teleologiche, che formulano

garantite, così dense di principi, di valori, di diritti che necessitano di attuazione; e d'altra parte dal legislatore, il quale appare sempre più incapace di far fronte ai rapidi cambiamenti sociali. Influisce inoltre l'affermazione della tutela giuridica dei diritti fondamentali nel diritto interno di molti paesi al termine della seconda guerra mondiale, che ha portato a limitare l'ambito di decisione politico-legislativa del *sovrano* escludendo come illegittimo qualsiasi provvedimento normativo che potesse costituire una violazione dei suddetti diritti.

In sintesi, si possono fin da subito fissare tre punti di partenza: a) la dottrina neocostituzionalista nasce nel contesto della tradizione costituzionalista a indicare il passaggio a un certo tipo di sistema giuridico¹⁷, dallo *stato di diritto* allo *stato costituzionale di diritto*; b) in particolare prende le mosse dall'esplicita enunciazione, nelle carte costituzionali di molti ordinamenti giuridici contemporanei, di un catalogo di diritti fondamentali¹⁸; c) si sviluppa in ragione dell'affermazione di una pluralità di prassi giurisprudenziali e di misure istituzionali aventi appunto il fine di garantire una sempre più compiuta tutela dei diritti fondamentali e di "realizzare una pretesa maggior giustizia"¹⁹.

2. Il carattere anti-positivismo.

Fra i diversi aspetti utili a definire il neocostituzionalismo la critica al positivismo giuridico rappresenta un dato irrinunciabile. Il neocostituzionalismo si propone infatti come nuovo modello, nuova concettualizzazione, capace di sfidare l'indiscusso positivismo.

<<principi>> e programmi politici. R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in "Giur. cost.", 01/2006, pp. 743 ss.

¹⁷ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., 2008, p. 408.

¹⁸ Lo stato costituzionale *dei diritti* come ha scritto S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 33.

¹⁹ Cfr. A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in "Quaderni costituzionali", 2001 fasc. 1, pp. 35-61, p. 61.

Alle soglie dello stato costituzionale contemporaneo la critica neocostituzionalista sostiene che non vi sarebbe più spazio per la centralità della legge, per un diritto di sole regole, per una scienza giuridica asserita solo descrittiva e neutrale. La positivizzazione di valori nelle carte costituzionali ha indotto una modificazione qualitativa del diritto interno²⁰ e dinanzi al nuovo materiale giuridico molti hanno ritenuto che la prospettiva giuspositivista non potesse più costituire la base teorica adeguata per dar conto del diritto *costituzionalizzato*. In particolare si impone una profonda revisione della teoria delle fonti del diritto, decisamente meno legalista e più attenta al riconoscimento di nuove fonti sociali, che tenga conto della crisi della legge come unica e suprema regina dell'ordinamento²¹.

Le peculiarità dello stato costituzionale avrebbero ripercussioni non solo sulla teoria delle fonti, ma anche sull'interpretazione e l'applicazione del diritto²². Non sono in pochi a sostenere che l'interpretazione dei principi costituzionali si distingue nettamente dall'interpretazione delle regole legislative²³. In questo ambito la tecnica positivista peccherebbe di eccessiva rigidità e formalismo e risulterebbe incapace di cogliere le esigenze di giustizia sostanziale. Dunque ciò che si propone è *più ponderazione che sussunzione*, quest'ultima additata come la tecnica propria del giuspositivismo, pensata e concepita per un diritto di sole regole. Se così fosse, non sarebbe del tutto insensato pensare ai giudici come "automi pensanti, ai quali si dia il fatto e che ci diano il responso"²⁴. Ma una simile idea, tipicamente positivista, appare del tutto fuori luogo per un diritto denso di principi.

²⁰ M. PERINI, *A proposito di "neocostituzionalismo"* cit., p. 338.

²¹ Tra i sostenitori di questa tesi si veda ad esempio L. PRIETO SANCHIS, *Neocostituzionalismo* cit., p. 180.

²² S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., 2001, p. 12.

²³ Cfr., per esempio, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

²⁴ *Ibidem*, p. 149.

È dunque l'ordinamento giuridico che spinge verso una revisione del veteropositivismo e soprattutto del suo cavallo di battaglia: la nozione di *validità*²⁵. Se per tale intendiamo il concetto tramandato dall'insegnamento kelseniano di "validità" come "esistenza" di una norma per il solo fatto della sua conformità alle regole procedurali previste per la sua produzione, allora esso non è in grado di giustificare la complessità degli odierni sistemi giuridici, per la cui esplicazione il concetto di "validità" dovrà estendersi anche ad una analisi della coerenza dei contenuti normativi ai principi di carattere sostanziale inseriti nella costituzione.

Dunque il neocostituzionalismo si oppone a quel senso di positivismo che sostiene la superiorità della legge, l'interpretazione meccanica e rigida, la pretesa completezza e coerenza dell'ordinamento giuridico; evidenziandone i limiti e la profonda inadeguatezza a spiegare un diritto assiologicamente orientato, sempre più composto da principi e non solo regole, sempre meno voce di un'autorità che emana norme, e che abbandona definitivamente "l'immagine dello *iudex* come *servus legis*"²⁶.

A questo punto si rende opportuno un chiarimento. Adottando la nota tripartizione bobbiana²⁷, l'espressione "positivismo giuridico" avrebbe almeno tre significati, potendo designare: 1) un giuspositivismo *ideologico*, per cui il diritto positivo è vincolante e merita obbedienza in virtù di un dovere morale; 2) un giuspositivismo *teorico*, per cui le norme giuridiche sono soltanto quelle emesse dal sovrano, l'ordinamento giuridico è un sistema coerente e completo, l'interpretazione è mero atto di conoscenza; 3) un giuspositivismo *metodologico*, per cui compito della scienza giuridica sarebbe descrivere il diritto come è, e non come dovrebbe

²⁵ Si ripropone qui la critica di L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 109.

²⁶ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 163.

²⁷ Per approfondire si rimanda a N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, pp. 279 ss. Altri autori distinguono ulteriori significati, ad esempio U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo?* (1965), Napoli, 1997, pp. 73.

essere. Trattandosi di tre significati tra loro logicamente indipendenti, è appropriato chiedersi quale di questi positivismi è oggetto della feroce critica neocostituzionalista?

In realtà, la maggior parte dei critici del positivismo non dichiara esplicitamente *quale* dei tre aspetti sia preso di mira, ma si può sostenere che se la disapprovazione si rivolgesse semplicemente alla teoria del diritto ottocentesca, il discorso risulterebbe poco interessante²⁸, dal momento che essa è stata sottoposta a ripensamenti radicali da parte degli stessi autori positivisti del XX secolo²⁹ e non solo³⁰. Un altro aspetto emerge invece chiaramente dalla dottrina neocostituzionalista³¹, ossia il rifiuto di una scienza giuridica avalutativa³² e meramente descrittiva dei fenomeni sociali e giuridici, che si traduce, in altre parole³³, nella rinuncia all'illusione, kelseniana e bobbiana, di una teoria "pura" o "formale" del diritto, la quale appare oramai un lascito indifendibile. Ed ecco che si presenta sulla scena il positivismo metodologico quale principale imputato dell'indagine neocostituzionalista. Essa ha cercato di offrire un'alternativa al metodo vetero-positivista attraverso l'approfondimento di posizioni che si erano già parzialmente palesate nell'ambito del più maturo positivismo³⁴, ma che adesso tengono conto del materiale

²⁸ Così ritiene R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in "Giur. cost.", 2007 fasc. 2, pp. 1373-1383, p. 1374.

²⁹ Il riferimento è a Bobbio, Hart, Ross, Ferrajoli e altri.

³⁰ Si pensi al movimento del diritto libero: cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967.

³¹ Rappresentata dagli scritti di Dworkin, Alexy, Nino, Zagrebelsky, Ferrajoli.

³² Sulla difficoltà di sostenere l'avalutatività della scienza del diritto si veda L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981.

³³ Quelle di L. FERRAJOLI, *Filosofia analitica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica*, in L. GIANFORMAGGIO – M. JORI (a cura di), *Scritti per Umberto Scarpelli*, Milano, 1997, p. 361.

³⁴ Cfr. ad esempio A. PACE, sostenitore del metodo giuspositivista <<temperato>>, per il quale si rende ormai <<improspettabile quella radicale scissione tra morale, giustizia e diritto predicata dai sostenitori della teoria pura del diritto (...) Si aggiunga anzi che, nei casi in cui la Costituzione richiama esplicitamente tali valori, la stessa avalutatività del metodo giuspositivista deve, per definizione, essere abbandonata, perché è proprio il rispetto dei valori costituzionali a imporlo>>. La citazione può leggersi

costituzionale e delle concezioni ideologiche che hanno ispirato la positivizzazione dei valori. Si tratterà di un metodo che farà ampio ricorso alla ragionevolezza e al bilanciamento, probabilmente non privo di zone d'ombra³⁵, ma certamente più coerente con il pluralismo della realtà sottostante.

3. Rinascita del diritto naturale?

Osservando il denso contenuto delle costituzioni, ricco di principi, valori e soprattutto diritti fondamentali, è stato sostenuto che tali documenti costituirebbero il riflesso di una nuova morale universale, la quale "non fluttua più sopra il diritto (...) [ma] si trasferisce all'interno del diritto positivo"³⁶. Ne deriva la concezione della costituzione come positivizzazione giuridica di gran parte delle tradizionali istanze del diritto naturale, e questo dato basterebbe a classificare il neocostituzionalismo come una nuova forma di *giusnaturalismo*. Per il vero, argomentare di principi e valori non significa erigere la morale a nuova fonte del diritto e neppure che ci si stia muovendo verso un *neogiusnaturalismo*. Si può operare con elementi tipici del discorso morale (valori e principi) senza calcare il terreno etico³⁷ e d'altra parte la stessa positivizzazione di tali valori varrebbe ad escludere i caratteri assolutistici propri del diritto naturale. Ebbene, se di morale si vuol parlare, si tratterà non di una morale individuale o universale, bensì di una morale positiva o

in *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, relazione tenuta all'incontro con il prof. F. Modugno dal titolo *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori. Due diverse prospettive a confronto* organizzato nell'ambito del corso di dottorato di ricerca in diritto costituzionale e diritto pubblico generale dell'Università "La Sapienza" di Roma, Facoltà di Giurisprudenza, il 12 maggio 2005.

³⁵ Si pensi alle esigenze di certezza e di prevedibilità delle decisioni giudiziarie di cui parla anche S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., 2001.

³⁶ J. HABERMAS, *Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?*, in ID., "Escritos sobre moralidad y eticidad", introd. e trad. di M. Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona 1991, p. 168.

³⁷ Così la pensano tanto L. Ferrajoli che G. Zagrebelsky.

convenzionale, cioè di *standard morali positivizzati*³⁸. Stando così le cose, “la Costituzione non è diritto naturale ma, anzi, la manifestazione più alta di diritto positivo”³⁹.

Tuttavia, ancora una volta si impone un cambio di approccio metodologico: di fronte a queste istanze etiche positivizzate c'è bisogno di un metodo *diverso* rispetto a quello adottato per le altre regole giuridiche⁴⁰, che si giustifica proprio in ragione del mutamento qualitativo del materiale normativo. Sostiene Gustavo Zagrebelsky che “lo stile, il modo di argomentare in <<diritto costituzionale>> assomiglia (...) allo stile, al modo di argomentare in <<diritto naturale>>”⁴¹. Certamente, se non si deve giungere a identificare il diritto con la morale, un fatto appare oramai incontestabile: l'esistenza di una *connessione necessaria* tra diritto positivo e diritto naturale⁴², per la quale i principi incorporati nel sistema giuridico diventano componente necessaria sia del diritto che di una *qualche* morale. Da questa doppia proprietà scaturisce che occorre interpretare diversamente dalle “teorie positivistiche più strette”⁴³ la decisione del giudice nei casi dubbi, quantomeno quando egli fonda l'esito della sua ponderazione su argomenti di carattere morale. E dal momento che i principi, per il loro stesso contenuto morale, fanno parte a pieno titolo del diritto, il giudice che vi si fonda decide in base a criteri giuridici. Il problema dunque, non sta tanto nel definire come giuridici i principi costituzionalizzati, ma sta nel riconoscere che la loro applicazione è impossibile senza compiere una scelta morale, e che questa scelta rileva

³⁸ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., 2001, pag. 155.

³⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit., p. 157.

⁴⁰ *Rectius*: di quello fatto proprio dal positivismo.

⁴¹ G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, pp. 157-158.

⁴² Ovvero una <<connessione debole>> di cui parla ampiamente R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, trad. di F. Fiore, Einaudi, Torino, 1997, cap. 2.

⁴³ Le quali, in tutti i casi di carenza di regole, si limitavano ad affermare l'assenza di diritto e la libertà dell'interprete di riferirsi a criteri morali, in ogni caso extragiuridici, così ricorda G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit., p. 159.

giuridicamente proprio in quanto esito di una discussione morale⁴⁴. In definitiva, la pretesa di giustizia giuridica collegata alla decisione include anche una pretesa di giustizia morale⁴⁵.

4. // neocostituzionalismo: una definizione sistematica.

Giunti a questo punto dell'analisi è il caso di tentare di offrire una risposta alla fatidica domanda: che cos'è il *neocostituzionalismo*?

Con tale termine si tende a designare più un'atmosfera culturale che una concezione del diritto coerente e ben strutturata⁴⁶, e ciò appare ancor più vero se si pensa che sotto tale etichetta vengono ricondotte teorie del diritto avanzate da autori molto diversi fra loro⁴⁷. Malgrado ciò, è possibile raccogliere in maniera unitaria i diversi atteggiamenti della dottrina per dar conto di un modello teorico che pone al centro del fenomeno giuridico la Costituzione e i suoi valori, e che ricorre ad un approccio metodologico decisamente *anti* positivista.

Il nucleo centrale del neocostituzionalismo è composto da quattro temi principali⁴⁸: 1) i "principi" e "valori" che caratterizzano il materiale normativo di cui gli ordinamenti contemporanei si sono dotati; 2) il ruolo creativo degli apparati giurisdizionali e la conseguente preoccupazione di

⁴⁴ Cfr. M. DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in *Costituzionalismo.it*, p. 6.

⁴⁵ Cfr. R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto* cit., pp. 80-81. L'argomento della "giustizia" è riproposto da Alexy anche per la definizione del concetto di diritto: «Il diritto è un sistema di norme che: 1) avanza una pretesa di giustizia e 2) consiste nella totalità delle norme statuite in modo conforme alla costituzione, dotate di un minimo di efficacia sociale o di *chance* di efficacia e di cui fanno parte i principi e gli ulteriori argomenti normativi su cui si basa e/o si deve basare la procedura di applicazione del diritto per assolvere alla pretesa di giustizia».

⁴⁶ Così ritiene A. SCHIAVELLO, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in "Diritto e questioni pubbliche", 3/2003, pp. 37-49, p. 37.

⁴⁷ Ad esempio, si considerano rappresentative del neocostituzionalismo le teorie del diritto post-giuspositiviste di Carlos Nino, Wilfrid Waluchow e Luigi Ferrajoli assieme alle teorie anti-positiviste di Ronald Dworkin, Robert Alexy e Gustavo Zagrebelsky.

⁴⁸ Con alcuni cambiamenti, si adottano le sintesi di M. PERINI, *A proposito di "neocostituzionalismo"* cit., p. 352, e di S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., p. 10.

contenere il rischio di arbitrio dell'interprete; 3) la profonda revisione del positivismo teorico e, secondo una certa corrente di pensiero, anche del positivismo metodologico; 4) un "modello assiologico della Costituzione concepita come *norma*"⁴⁹, vale a dire un insieme di norme supreme la cui efficacia è diretta e immediata.

Si è parlato di *costituzionalizzazione* dell'ordinamento giuridico⁵⁰ e in senso analogo di *pancostituzionalizzazione*⁵¹ per denominare quel processo che ha portato l'ordinamento giuridico ad essere interamente pervaso dai contenuti assiologici della Costituzione. Tutto diviene diritto costituzionale: dietro ogni precetto legislativo sarà sempre possibile trovare una norma costituzionale che lo confermi o lo contraddica⁵².

Una concezione siffatta favorisce evidentemente l'applicazione diretta della costituzione da parte di qualunque giudice in qualunque controversia⁵³. Il temuto *governo dei giuristi*⁵⁴ che sarebbe appunto diretta conseguenza del crescente potere dispositivo attribuito agli interpreti, in particolare ai giudici, all'interno del modello neocostituzionalista, non dovrebbe però generare particolari preoccupazioni. Difatti, non pare si intenda conferire funzioni di indirizzo politico o di produzione normativa agli organi giurisdizionali, bensì valorizzare il più neutrale dei poteri per consentirgli di adattare i valori costituzionali ai bisogni della vita reale. Ed ancora, attraverso l'eventuale estensione di uno dei cardini del costituzionalismo, quello dei *checks and balances*, dal piano dello stato-apparato a quello di qualunque altro centro di potere, c'è chi sostiene⁵⁵ che si potrebbe giungere ad un loro controllo e bilanciamento, ovviamente

⁴⁹ Seguendo la terminologia di M. DOGLIANI.

⁵⁰ R. GUASTINI, *La costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico italiano*, in "Ragion pratica", 11/1998, pp. 185-206.

⁵¹ A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione* cit., p. 134.

⁵² L. PRIETO SANCHIS, *Neocostituzionalismo* cit., p. 177.

⁵³ La *Drittwirkung* della dottrina tedesca.

⁵⁴ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., 2001, p. 137.

⁵⁵ M. PERINI, *A proposito di "neocostituzionalismo"* cit., p. 358.

senza tralasciare il ricorso ai criteri di ragionevolezza, razionalità, congruenza⁵⁶. D'altro canto, si ritiene siano gli stessi valori dell'ordinamento che, ponendosi come punti cardinali del sistema giuridico, tracciano dei confini invalicabili all'interno dei quali i giudici possono produrre giudizi di valore oggettivi e perfettamente controllabili.

In sintesi, il neocostituzionalismo implica una necessaria apertura al *giudizialismo*, il che richiede, tra l'altro, una teoria dell'argomentazione raffinata, capace di garantire la razionalità e di raccogliere il consenso intorno all'operato degli apparati giurisdizionali.

4.1 / neocostituzionalismi: una duplice lettura.

Non sarebbe insensato ritenere che il neocostituzionalismo finisca inevitabilmente per intrattenere relazioni ambigue tanto con il giusnaturalismo, quanto con il *post*-positivismo. La verità è che all'interno di quell'unitaria tendenza dottrinarica che vede nella Costituzione il fondamento dell'intero ordinamento, che promuove l'impegno dell'interprete come co-autore del diritto, che contamina il diritto con la morale, che disprezza il positivismo metodologico, si fanno largo almeno due diverse letture:

- a) Una lettura *giusnaturalista* secondo la quale l'esplicita enunciazione nelle carte costituzionali contemporanee di un catalogo di diritti fondamentali testimonia il riconoscimento dei diritti naturali, dei valori della morale nel diritto (positivo), nonché lo strumento per garantire la produzione di leggi *giuste* e l'applicazione *equa* del diritto;
- b) Una lettura ascrivibile ad un *positivismo soft*⁵⁷ spiccatamente garantista, il cui argomento centrale è basato sulla somma tra

⁵⁶ Il richiamo ai tre criteri è una mia aggiunta al pensiero di M. PERINI, *op. ult. cit.*.

⁵⁷ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo cit.*, 2008, p. 409.

gerarchia strutturale e gerarchia assiologica-materiale⁵⁸ che sussiste tra costituzione e legge. La superiorità assiologica dei principi e delle regole costituzionali deriverebbe, in parte, dalla superiorità gerarchica del documento che li contiene⁵⁹, ma soprattutto sarebbe opera del riconoscimento che ne fa l'interprete⁶⁰. Segue che il "peso" dei valori nell'ordinamento e la stessa rigidità delle costituzioni dipenderanno non solo dal "luogo" in cui sono posizionate le disposizioni costituzionali, ma anche dal ruolo degli operatori giuridici, primo fra tutti la Corte Costituzionale⁶¹.

Si può concludere affermando che entrambi i filoni contribuiscono, con pari peso, a comporre "pluralisticamente" il concetto di <<neocostituzionalismo>>.

5. Regole e principi: quale gerarchia?

La totalità degli autori riconducibili alla corrente neocostituzionalista argomenta intorno alla mai sopita disputa sulla distinzione tra regole e principi⁶². Tale interesse nasce dalla presa di coscienza che "il diritto per regole" dello Stato di diritto ottocentesco non ha futuro per governare la complessità moderna, e pertanto deve cedere il passo al "diritto per principi" dello Stato costituzionale contemporaneo, in cui "si intrecciano

⁵⁸ Che si realizza quando si tratta "una norma come fondamento di altre norme" come spiega R. GUASTINI, *Gerarchie normative*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1997, pp. 463 ss., par. 3(4).

⁵⁹ *Ibidem*, par. 3(4).

⁶⁰ R. GUASTINI, *L'illegittimità delle disposizioni e delle norme*, in P. COMANDUCCI - R. GUASTINI, *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 175-201, p. 194.

⁶¹ Conclusione di M. PERINI, *A proposito di "neocostituzionalismo"* cit., pp. 337-338 e p. 366.

⁶² Resa celebre dal saggio di R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977.

diritti, interessi, ideologie e aspirazioni confliggenti"⁶³. Da questo mutamento qualitativo non possono che derivare conseguenze importanti anche sul piano dell'applicazione del diritto⁶⁴.

Per una prima distinzione si possono adoperare le parole di Robert Alexy, per il quale regole e principi sono entrambi *species* del *genus* norma, in quanto imprimono un orientamento all'azione o alla decisione, tuttavia diverso è il modo di orientare, poiché "*regole* sono norme che nel costruire una fattispecie (...) ordinano, vietano o permettono qualcosa o autorizzano qualcosa in modo definitivo. (...) La forma di applicazione che le caratterizza è la *sussunzione*. Di contro, i *principi* sono <<precetti di ottimizzazione>>. Come tali sono norme le quali prescrivono che qualcosa deve essere realizzato nella misura più ampia possibile compatibilmente con le possibilità giuridiche e di fatto. (...) Le possibilità giuridiche di realizzazione di un principio vengono essenzialmente determinate non solo da regole ma anche da principi contrastanti. Quest'ultimo aspetto implica che i principi sono suscettibili e bisognosi di *ponderazione*"⁶⁵. In altre parole, le regole ci danno il criterio delle nostre azioni secondo la logica del o-tutto-o-niente⁶⁶: o le si applica integralmente o le si viola altrettanto integralmente, non ammettono mezze misure. I principi invece, non ci dicono nulla direttamente, non specificano quale azione o decisione debba essere intrapresa in determinate circostanze; semplicemente essi si limitano a indicare una direzione, seguendo la logica del possibile. Infatti i principi sono "norme senza fattispecie"⁶⁷ ovvero "norme strutturalmente indeterminate"⁶⁸ che, in quanto tali, non stabiliscono i fatti in presenza dei

⁶³ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?(a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2002 fasc. 31, pp. 865- 897, p. 871.

⁶⁴ Cfr. ID., *Il diritto mite* cit., p. 151.

⁶⁵ R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto* cit., p. 73.

⁶⁶ La nota logica di R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* cit.

⁶⁷ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit., p. 149.

⁶⁸ R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale* cit.

quali la conseguenza giuridica si produce o le eccezioni che la escludono. Dunque il loro significato operativo non è determinabile in astratto, ma solo in concreto.

La *concretizzazione* dei principi, ossia la loro trasformazione in norma precisa suscettibile di applicazione immediata a casi concreti, richiede, per un verso, l'opera del legislatore, il quale formula altre norme-regole di "attuazione" del principio; per altro verso, può avvenire tramite l'azione partecipante dei giudici. Siffatta funzione non si risolve in una interpretazione in senso classico del principio, dato che le formulazioni di principio più che essere analizzate nel loro testo, vanno intese nel loro *ethos*⁶⁹; e neppure si tratta di creazione di nuovo diritto (il caso ricadrebbe già sotto il diritto), ma in un ragionamento costruttivo, non formalizzabile, "fatto di inferenze dal caso alla luce del principio e deduzioni dal principio alla luce del caso"⁷⁰.

Quanto ai *principi costituzionali*, la loro introduzione avrebbe prodotto "un'unità da realizzarsi dinamicamente"⁷¹, la quale richiederebbe strumenti duttili per la sua composizione. Si impone dunque un cambio di prospettiva del positivismo legalistico che, sulla scorta dell'articolo 12 delle Preleggi, definisce i principi come *generalizzazioni* della *ratio* racchiusa nelle singole regole dell'ordinamento, quindi come norme *implicite* ricavate dall'interprete attraverso induzione. Questa concezione si fonderebbe sull'assioma della completezza e coerenza del sistema giuridico e, in quanto tale, dovrebbe ritenersi oramai superata. La Corte Costituzionale da tempo invece ha riconosciuto ai principi costituzionali forza costitutiva, e ha affidato loro la funzione di

⁶⁹ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?* cit., p. 876.

⁷⁰ ID., *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Mulino, Bologna 2008, p. 219. Diversamente R. Guastini ritiene che il ragionamento attraverso il quale gli interpreti traggono una regola da un principio non può essere un ragionamento deduttivo la cui sola premessa sia il principio in questione R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, par. 3.2.2..

⁷¹ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?* cit., p. 880.

criteri di giudizio circa la validità delle leggi; tale ruolo nuovo è valso a determinare il passaggio da una nozione dei principi meramente “riassuntiva” dell’ordinamento ad un’altra “costruttiva” capace di influenzarne i contenuti⁷². Un <<formalismo>> o un <<positivismo>> dei principi sarebbe oggi impossibile⁷³.

Il neocostituzionalismo impone dunque la rottura proprio di quel meccanismo che intende i principi come tassativamente elencati e affida alla giurisdizione un ruolo meramente servente della legge: non più quest’ultima legittima le decisioni giudiziarie, ma la saggezza del decisore nel cogliere le istanze di giustizia sottese al singolo caso. Poiché, in definitiva, “la decisione non è legittimata dalla sua forma, ma dal suo contenuto”⁷⁴.

5.1 I conflitti tra principi.

Si definisce *antinomia* la situazione in cui due norme offrono due soluzioni diverse e incompatibili alla medesima controversia concreta o alla stessa classe di controversie⁷⁵. In genere, per risolvere simili conflitti normativi, si usa fare ricorso ai criteri tradizionali: gerarchico (*lex superior derogat inferiori*), cronologico (*lex posterior derogat anteriori*) o di specialità (*lex specialis derogat generali*). Ma se l’antinomia riguarda norme costituzionali o, genericamente, principi, il più delle volte tali strumenti si rivelano insufficienti. Difatti, seguendo Guastini, nel caso di conflitti tra principi costituzionali non si potrà impiegare il criterio “lex superior” poiché i principi considerati avranno la stessa posizione nella gerarchia delle fonti. Non si potrà chiaramente impiegare il criterio “lex posterior” poiché si ha a che fare con norme che sono state emanate nello stesso

⁷² Il discorso è tratto da G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia* cit., pp. 211-212.

⁷³ ID., *Il diritto mite* cit., p. 169.

⁷⁴ M. DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo* cit., p. 11.

⁷⁵ R. GUASTINI, *Ponderazione. Un’analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in “Ragion pratica”, 26/2006, pp. 151 ss.

momento. Infine, non si potrà impiegare il criterio "lex specialis" perché le due classi di fatti disciplinati dai due principi si incrociano⁷⁶, inoltre manca una tipizzazione dei presupposti di fatto che permetta di discernere quando sia il caso di preferire l'uno o l'altro⁷⁷. I principi debbono quindi poter convivere tutti assieme, potendosi al più <<relativizzarli>>.

La dottrina è concorde nel ritenere che i principi non sono suscettibili di conflitti <<in astratto>> ma solo <<in concreto>>, cioè a livello di conseguenze normative incompatibili che essi collegano al medesimo caso concreto in sede di applicazione⁷⁸. Data la pluralità dei principi e l'assenza di una loro gerarchia astrattamente e rigidamente predeterminata, l'unica regola formale per una composizione *mite*, à la Zagrebelsky, sarebbe quella della <<ottimizzazione>> possibile di tutti i principi, ma come ottenere questo risultato è questione eminentemente <<pratica>> e <<materiale>>⁷⁹.

6. Più ponderazione (che sussunzione?).

Di qui, la conclusione secondo cui i conflitti tra principi costituzionali possono risolversi attraverso la tecnica della "ponderazione" ovvero del "bilanciamento". Ponderare è, dunque, cercare la soluzione migliore quando si presentano argomentazioni conflittuali e dello stesso valore⁸⁰. In questi casi si teorizza una *gerarchia assiologica mobile*⁸¹ la quale implica un

⁷⁶ È ciò che accade in caso di conflitto parziale bilaterale, di modo che alcune, ma solo alcune, fattispecie disciplinate da una norma coincidano con alcune, ma solo alcune, delle fattispecie disciplinate incompatibilmente dall'altra norma, R. GUASTINI, *Ponderazione* cit.

⁷⁷ Per essere adoperato, il criterio di specialità richiede che la descrizione della condizione di applicazione sia esplicitata, così L. PRIETO SANCHIS, *Neocostituzionalismo* cit., pp. 182-185.

⁷⁸ Sulla distinzione tra conflitti in astratto e conflitti in concreto si veda R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale* cit., così come ID., *Ponderazione* cit.

⁷⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit., pp. 170-171.

⁸⁰ L. PRIETO SANCHIS, *Neocostituzionalismo* cit., p. 181.

⁸¹ R. GUASTINI, *Ponderazione* cit.

giudizio di valore comparativo, cioè l'attribuzione ad uno dei due principi in conflitto di un "peso" maggiore rispetto all'altro; segue che nel caso concreto il principio che ha "più valore" è applicato, mentre l'altro è temporaneamente accantonato. Ciò non comporta che il conflitto sia risolto una volta per tutte: ciascuna soluzione vale solo in relazione alla controversia particolare, sicché nulla esclude che la ragione opposta possa trionfare in una altra controversia futura. Si noti che in questa rappresentazione i criteri di soluzione dei conflitti (*lex posterior*, *lex superior*, *lex specialis*) non hanno alcun ruolo. Da un lato il principio che soccombe, sebbene non applicato, non è affatto dichiarato abrogato o invalido; dall'altro lato, la gerarchia mobile è estremamente mutevole, per cui il giudice non decide che uno dei due principi faccia eccezione all'altro sempre, in ogni circostanza. "Il giudice si limita a valutare la <<giustizia>> delle conseguenze dell'applicazione dell'uno o dell'altro principio nel caso concreto"⁸².

Si afferma che la ponderazione suole contrapporsi alla sussunzione, cioè a quella pratica consistente nello stabilire che una fattispecie concreta "rientra" nell'alveo della fattispecie astratta determinando così le relative conseguenze giuridiche. I principi, mancando di fattispecie, richiederebbero un'applicazione del tutto diversa, poiché la soluzione dei casi sarebbe costruita analizzando le specifiche ragioni in conflitto⁸³. La pratica giurisprudenziale insegna come l'uso argomentativo di un principio per arrivare alla "precisa regola" del caso concreto non coincide affatto con ciò che siamo abituati a definire "sussunzione", ma avviene in molteplici e complessi modi, anzi spesso attraverso forme logiche

⁸² ID., *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale* cit.

⁸³ L. PRIETO SANCHIS, *Neocostituzionalismo* cit., p. 187 ss.; sebbene l'autore non ritiene che la ponderazione costituisca realmente un'alternativa alla sussunzione, ma piuttosto che entrambe le tecniche operino in momenti diversi della giurisdizione: prima di ponderare sarebbe necessario sussumere.

induttive e l'*intuizione*⁸⁴. In questo senso si da atto a tutti coloro che ritengono che applicare un principio sia cosa ben diversa dall'applicare una regola⁸⁵, una cosa che si svolge soprattutto al di fuori degli schemi della <<deduzione>> e della <<sussunzione>>.

Appare difficilmente contestabile il carattere valutativo e l'ampio margine di discrezionalità che comporta il giudizio di ponderazione. Discrezionale risulterebbe infatti la creazione di una gerarchia assiologica tra i principi considerati, e ugualmente discrezionale sembrerebbe la possibilità di pervenire a un giudizio comparativo del tutto diverso in altre controversie. Ma le critiche in termini di irrazionalità e soggettivismo possono (e devono) essere ridimensionate. Difatti, le perplessità in ordine a come bilanciare i principi in conflitto sorgono spesso in un contesto nel quale "intuitivamente" è possibile ricavare la soluzione corretta. L'assunzione di un principio come prevalente non può che essere guidata dall'intuizione, intesa come *mentis purae et attentae tam facile distinctumque conceptum*, tale, cioè, che "intorno a ciò che pensiamo non resti alcun dubbio"⁸⁶. In altre parole, vi sarebbero casi *paradigmatici* nei quali si ripetono un'insieme di proprietà rilevanti che, se isolate, permettono di costruire una regola suscettibile di universalizzazione per tutti i casi che presentino circostanze rilevanti analoghe; anche se nulla esclude altre eventuali circostanze concorrenti che giustifichino un cambiamento nell'ordine dei principi prescelto⁸⁷. Pertanto i casi paradigmatici indirizzano e delimitano la scelta dell'interprete, la quale non si risolve in un giudizio di valore totalmente privo di regole. A tal proposito Alexy

⁸⁴ A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in "Politica del diritto", 1991 n. 4, pp. 639 ss.

⁸⁵ Da Esser e Häberle a Zagrebelsky e Baldassarre.

⁸⁶ Così F. MODUGNO, voce *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1991.

⁸⁷ Si veda in proposito L. PRIETO SANCHIS, *Neocostituzionalismo* cit., p. 195 ss., e J. J. MORESO, *Conflitti tra principi costituzionali*, in "Ragion pratica", 18/2002, pp. 201-221.

ipotizza l'esistenza di "norme di diritto fondamentale *ascritte*"⁸⁸, nel senso che "le condizioni nelle quali un principio precede un altro costituiscono la fattispecie di una regola che esprime la conseguenza giuridica del principio precedente"⁸⁹. La ponderazione consisterebbe proprio nella esplicitazione di queste condizioni di applicazione che, nel caso dei principi, tendono ad essere solo implicite.

Emerge chiaramente come il neocostituzionalismo riponga estrema fiducia nei giuristi, capaci di formulare la *giusta* soluzione per il caso concreto attingendo al "lato materiale" del diritto. La scienza giuridica che si pretende è una scienza "attiva", che sia in grado di condurre la discussione intorno ai fattori che hanno generato la scelta interpretativa, con ciò dichiarando in maniera esplicita i motivi ultimi che l'hanno fondata e superare a pieni voti il vaglio di razionalità.

7. Conclusioni: perché occuparsi di neocostituzionalismo.

Da quanto fin qui esposto, risulta che lo Stato costituzionale, rappresentativo di una società pluralista, mutevole e complessa, non può certo fare a meno dei *principi*. Solo questi infatti consentono la convivenza civile di istanze differenziate, di interessi confliggenti, e ne permettono il continuo riequilibrio. I principi rendono il sistema flessibile, integrano le regole e operano sempre, anche in presenza di queste. Negare tale realtà non modifica lo stato delle cose, anzi, non fa che oscurare l'operato dei giudici che si vorrebbe limpido e controllabile. Più velocemente gli scienziati del diritto accetteranno questo cambiamento, tanto più efficace risulterà "la pratica concordanza delle discordanze"⁹⁰ e minore sarà l'arbitrio. Dunque i giuristi sono chiamati in causa come primi

⁸⁸ "Zugerordneten Normen" in tedesco, traducibile anche come "norme implicite".

⁸⁹ J.J. MORESO, *op. ult. cit.*, p. 214.

⁹⁰ Espressione di K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1982, pp. 127 ss. riproposta da G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?* cit.

responsabili per il buon funzionamento di un diritto per principi, tenuti non a creare diritto nuovo, ma a ricostruire i casi alla luce dei principi e di tutto quel materiale che sta oltre e sotto il normativo, cioè i paradigmi culturali e i caratteri etici che premono sulla realtà sociale.

L'idea dei principi e il metodo della ponderazione accrescono l'aura di sospetto che aleggia intorno all'attività dei giudici, così come i timori di una loro travalicazione che si risolva in una perdita di certezza e prevedibilità del diritto, ma si tratta di rischi inevitabili se si vuole sostenere una teoria della costituzione tanto forte come quella presentata dal neocostituzionalismo. Oggi flessibilità e adattabilità non sono pericoli da evitare, ma esigenze imposte dalla società attuale per consentire "l'attuazione dei valori costituzionali di libertà effettiva e di concreta giustizia sociale"⁹¹.

E chi ci dice che non sia effettivamente più proficuo percorrere l'incerta via spalancata dal neocostituzionalismo piuttosto che rimanere accoccolati tra le sicure forme dell'automatismo positivistico? Il neocostituzionalismo si offre come valido alleato nel proposito di rivedere, ri-costruire, re-interpretare l'impianto costituzionale, dunque noi lo accogliamo a braccia aperte.

Se poi, come tale teoria sostiene, le norme sostanziali della Costituzione devono intendersi *nucleo fondante* del sistema giuridico, la loro considerazione non può sfuggire neppure alla giurisdizione ordinaria e, tenuto conto dei difetti di questa, si dovrà puntare alla ricerca della massima *ragionevolezza* che, attualmente, solo metodi come il bilanciamento sono in grado di assicurare.

Non si tratterà certo di un compito facile. Come si è tentato di mostrare, la Costituzione (con anche i suoi contenuti assiologici "materiali") costituisce un testo normativo all'interno del quale possono

⁹¹ A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori* cit., p. 654.

profilarsi conflitti di un genere diverso da quello classico o comunque esaltarsi conflitti in qualche misura già presenti nel sistema giuridico pre-costituzionale. In particolare, emergono i possibili conflitti tra regole e principi vigenti; tra principi testualmente “fondamentali” ed enunciati normativi in essi non compresi; tra principi “supremi” e enunciati normativi qualificati o meno come “fondamentali”. Nella migliore delle ipotesi, la regola che viola il principio o il valore incorporati nella norma costituzionale è “intrinsecamente irragionevole, arbitraria, o manifestamente ingiusta”⁹², per cui la Corte costituzionale non esita a procedere al suo annullamento. Ma come affrontare gli *altri* casi? È su questo genere di tensioni, nonché sulla specificità della “materia costituzionale”, che si concentrerà l’attenzione nel prossimo capitolo.

⁹² Tutte espressioni che si rinvengono nel linguaggio della Corte, come ricorda G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?* cit., p. 877.

CAPITOLO II

COSTITUZIONE DIVERSA?

0. **A proposito della materia costituzionale.**

Dopo aver considerato la Costituzione come nucleo fondante dell'intero ordinamento, rivolgiamoci ora all'ambito del "costituzionale" e alla sua interpretazione.

Lo studio della Costituzione e, soprattutto, l'uso che di essa fanno gli operatori giuridici, suggerisce una riflessione sulla vastità e varietà della "materia costituzionale". È noto infatti come si possano considerare tutte le norme costituzionali quali principi; ovvero distinguere tra norme esprimenti principi in senso forte e altre norme costituzionali; ovvero individuare principi non testualmente costituzionali, ma comunque appartenenti al "nucleo di senso" della Costituzione; o ancora, partendo dal testo, ricavare principi generali impliciti ulteriori rispetto a quelli espressi⁹³.

1. **Un mare magnum di principi.**

Cogliere la natura, la funzione, la struttura dei principi, è compito assai arduo e complesso. Il dibattito intorno alla loro identificazione ha radici risalenti ed è tutt'ora incerto. Ronald Dworkin immagina che solo "a lawyer of super human skill, learning, patience and acumen"⁹⁴ possa applicarsi alla ricerca dei principi. E allora tentiamo di trasformarci in Ercole e affrontiamo l'ennesima fatica.

⁹³ La distinzione è tratta da F. MODUGNO, voce *Principi generali dell'ordinamento* cit.

⁹⁴ "Un giurista dotato di capacità, cultura, pazienza e impegno sovrumani" dice R. DWORKIN, *Questioni di principio*, trad. it. a cura di Maffettone, Milano, 1990.

1.1 I “principi generali dell’ordinamento”.

Possiamo assumere che nell’ambito dell’ampia categoria dei “principi di diritto” sia possibile distinguere varie specie. La prima di queste è rappresentata certamente dai “principi generali”, ovvero da quei principi da cui dipendono a livello di giustificazione normativa ampi settori di un ordinamento giuridico⁹⁵; talvolta essi sono espressamente posti dal legislatore, tal’altra si tratta di norme inesprese ricostruite mediante attività interpretativa.

I “principi generali” sono espressamente richiamati dall’art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, ritenuta dai più *la* norma sull’interpretazione per eccellenza, che nella formulazione del Codice del 1942 si è voluta dotare di un connotato di positività, riferendosi letteralmente ai principi dell’ “ordinamento giuridico dello Stato”, e lasciandosi così alle spalle i richiami a istanze giusnaturalistiche che la vecchia formulazione aveva fatto trapelare⁹⁶. O almeno così si auspicava. La precisazione del “nuovo” articolo 12 non ha per nulla risolto i dubbi che immediatamente sorgono già ad una prima lettura della norma⁹⁷, anzi si può dire che li abbia aumentati. Riferirsi ai principi dell’ “ordinamento giuridico dello Stato” significa affidarsi ai soli principi di diritto positivo? Significa forse vietare al giudice il ricorso a strumenti di “eterointegrazione” delle lacune? Se così fosse, il primo problema sarebbe distinguere i principi di diritto positivo dai principi che positivi non sono. Si dirà che i primi sono tutti e solo quelli direttamente espressi, o comunque direttamente desumibili, da disposizioni positivamente

⁹⁵ Si adotta la definizione di M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un’introduzione teorica*, II ed., Torino, Giappichelli, 2005, p. 137.

⁹⁶ L’art. 3, 2° co. premesso al codice del 1865 recitava: “Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge [...] si deciderà secondo i principi generali di diritto”. Tale formulazione era stata intesa, da una parte della dottrina, come un rinvio ai principi del diritto naturale.

⁹⁷ Sui quali ampiamente L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto* cit., pp. 83 ss.

formulate, e che a questi, e solo a questi, il giudice potrà richiamarsi. Si dirà però qualcosa che non aderisce pienamente alla realtà dei fatti. Pensare oggi, con altri punti di riferimento teorici in mente, che il sistema possa essere così circoscritto e coerente che agli interpreti basti trarre i principi dalle regole, senza necessità di ricorrere ad alcuna forma di libertà metodologica, è praticamente utopico.

Si è già accennato a quella opinione dottrinarica che ritiene "superato" l'art. 12 disp. prel., per la parte che fa riferimento ai principi, in virtù del compito *costitutivo* dell'unità che essi hanno assunto nell'ambito dello Stato costituzionale, e che sarebbe valso a conferirgli autonoma origine e validità (v. *supra*, 5. Regole e principi: quale gerarchia?). Attenta dottrina era pervenuta a conclusioni parzialmente simili, con riguardo all'articolo 12 disp. prel., già un ventennio fa, non a caso nel periodo in cui l'attività della Corte Costituzionale risultava particolarmente fertile⁹⁸. Si diceva che la Costituzione da tempo pervade l'intero sistema giuridico, essendo fondamento della legislazione in senso specifico, e non è dato più rintracciare spazi lasciati vuoti dal punto di vista costituzionale⁹⁹. Dunque, in virtù dell'avvento della Costituzione si è cominciata a sostenere la tendenziale attrazione anche dei principi generali nell'ambito della rilevanza costituzionale. Se questi sono da riferirsi all' <<ordinamento giuridico dello Stato>> inteso nella sua unità, il nuovo assetto, così come delineato dalla Costituzione, ha sostanzialmente ridotto l'ambito di pratica

⁹⁸ Si pensi alle storiche sentenze n. 1146 del 1988 sui principi supremi come parametro di costituzionalità, e alla n. 203 del 1989 che ha enunciato il principio supremo di laicità dello Stato.

⁹⁹ Cfr. F. MODUGNO, voce *Principi generali dell'ordinamento* cit., p. 2. A questo proposito, l'A. induce a riflettere sul problema della stessa concepibilità di un *indifferente costituzionale*: in un sistema permeato dai principi e dai valori costituzionali, sarà sempre possibile valutare, alla luce degli stessi, qualsiasi norma o principio di legislazione ordinaria, così che questi risulteranno o disformi, e allora saranno illegittimi, o conformi a quei principi-valori costituzionali, ma allora non saranno più del tutto costituzionalmente indifferenti.

operatività dell'art. 12 delle Preleggi. Ciò in ragione del fatto che i principi generali, rinvenibili in primo luogo nell'ambito della legislazione ordinaria (ma anche nella consuetudine e nella prassi), sono da considerarsi anch'essi la naturale prosecuzione del dettato costituzionale, il quale ha contribuito a potenziare la loro funzione e a renderli partecipi della realizzazione di "un sistema di regole potenzialmente (anche se non necessariamente) capaci di disciplinare (...) qualsiasi materia che debba essere assoggettata al diritto dello Stato italiano"¹⁰⁰ con beneplacito del principio di unità e totalità dell'ordinamento. Difatti, dall'entrata in vigore del testo costituzionale, la funzione dei principi generali non è stata più solo quella di colmare eventuali lacune della legislazione, ma anche di influenzare l'interpretazione delle leggi vigenti fino a determinarne la possibile rimozione¹⁰¹.

Se a questo punto si pensa all'importanza crescente che l'interpretazione sistematica e assiologica del diritto ha assunto da qualche anno a questa parte, la quale si contrappone alla classica interpretazione letterale e logica, sorge quantomeno il dubbio sulla necessità di mantenere l'art. 12 disp. prel. nel vigente ordinamento, fino ad avanzare, nelle posizioni più radicali, l'opportunità della sua abrogazione implicita¹⁰². Si

¹⁰⁰ A. PIZZORUSSO, *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, Napoli, 1988, p. 324 ss.

¹⁰¹ Lo spiegava ampiamente A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario c.c. Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, Zanichelli - Soc. ed. del Foro italiano, 1977, sub artt. 1-9, pp. 100 ss.; e ID., *Sistema istituzionale* cit., pp. 459 ss., per il quale: «<in base al nuovo assetto che il sistema delle fonti ha assunto soprattutto in virtù dell'introduzione del principio di rigidità della costituzione e del potenziamento delle autonomie, l'ipotesi, in cui una fattispecie sia regolata da una "precisa disposizione", anziché da una cascata di precetti via via più precisi a mano a mano che si passa da una regola-principio contenente le direttive fondamentali alle norme di dettaglio, si fa sempre più rara e quella opposta sempre più frequente, per cui l'ambito di pratica operatività della parte esplicita della disciplina dell'interpretazione contenuta nell'art. 12 si va sempre più riducendo>>».

¹⁰² P. MADDALENA, *Interpretazione sistematica e assiologica del diritto*, in "Giust. Civ.", 2009 fasc. 2, pp. 65 ss. L'autore specifica che: "Dall'abrogazione implicita dell'art. 12 nell'attuale sistema, non può invero farsi derivare anche l'abrogazione dell'art. 14 disp. prel., che vieta l'analogia per le norme penali e per quelle eccezionali. Se si tiene presente

sostiene che i tipi di interpretazione previsti dall'articolo 12 (interpretazione letterale, oggettiva e sistematica? O letterale, teleologica e storica?) come fossero fasi distinte cronologicamente e logicamente di un procedimento puramente meccanico e rigido non possono ritenersi in verità tali, bensì criteri di un processo conoscitivo unitario, il quale implica la necessaria armonizzazione con i principi fondamentali di rilevanza costituzionale e l'estensione di campo dell'indagine interpretativa a ogni profilo teologico-assiologico. Perciò l'interpretazione sistematica e assiologica che cerca il senso della disposizione nel *quadro* dell'ordinamento alla luce dei valori costituzionali, a differenza del criterio legale che si limita al "*significato proprio delle parole*" o all' "*intenzione del legislatore*", rappresenterebbe il superamento storico e culturale dell'interpretazione ex articolo 12 disp. prel. cod. civ.¹⁰³.

Incerta è da sempre anche la natura dei principi generali. Vi è chi ha sostenuto che essi siano essenzialmente *inespressi o impliciti*¹⁰⁴, ma nulla esclude che siano esplicitati in enunciati normativi. Tale caratteristica non vale a fondare una distinzione *strutturale* tra i principi inespressi che <<si desumono dalle leggi vigenti>>, e quelli espressi che invece risultano dalle <<leggi che espressamente li stabiliscono>>¹⁰⁵; ma va chiarita con riguardo al contenuto tipico dei principi generali. Essi sarebbero connotati da

che per ciascuna norma (...) occorre procedere a un confronto con l'intero sistema vigente, l'art. 14 disp. prel. esce rinverdito, piuttosto che abrogato".

¹⁰³ *Ibidem*. L'autore così conclude: "Si può dire che capire la norma non è, e non può essere, il risultato dell'esegesi puramente letterale, ma è l'individuazione della sua logica e della sua giustificazione assiologica; e questo è impossibile senza alzare lo sguardo verso il resto dell'ordinamento e dei principi che lo sorreggono".

¹⁰⁴ F. MODUGNO, voce *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 678 ss., seguito da A. FRANCO, *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principi del giusto procedimento (in margine alla innovativa sentenza n. 143 del 1989 della Corte Costituzionale)*, in "Giur. cost.", 1989, II, pp. 1041 ss.

¹⁰⁵ In questi termini si esprime l'art. 9, comma 1, legge n. 62/1953 (come modificato dall'art. 17, ult. co., l. n. 281/1970) che dispone: <<l'emanazione di norme legislative da parte delle regioni si svolge nei limiti dei principi fondamentali quali risultano da leggi che espressamente li stabiliscono per singole materie o quali si desumono da leggi vigenti>>.

*un'eccedenza di contenuto deontologico o assiologico*¹⁰⁶ rispetto alla loro possibile formulazione, la quale richiederebbe in ogni caso l'intervento dell'interprete. Dunque, sia che muova da un singolo enunciato, sia che muova dal complesso dell'ordinamento o da una serie di enunciati, l'interprete è chiamato a svolgere sempre una valutazione ai fini dell'individuazione e precisazione dei principi generali. Spiega il senso di questa operazione Franco Modugno, mentre nel 1991 scriveva della totale compatibilità tra la natura essenzialmente *implicita* e l'altra *normogenetica* dei principi: "Il principio generale (...) è implicito, sia nel senso dell'immanenza nell'ordinamento complessivo (o di una sua parte significativa), sia rispetto alla disposizione che eventualmente lo dichiara o lo esprima, poiché tale dichiarazione non è mai sufficiente ad erigerlo a principio generale, occorrendo all'uopo l'attività ermeneutico-ricostruttiva (con implicita una ulteriore scelta di valore) dell'operatore. Il principio generale è dunque, *strutturalmente*, una costruzione dell'interprete-operatore (...) che consiste in un *fascio indeterminato di valutazioni o qualificazioni* di oggetti, fatti, situazioni, stati di cose, comportamenti, ecc., potenzialmente idoneo a sciogliersi, a concretarsi, di volta in volta, in qualificazioni determinate, puntuali, e quindi applicabili a concrete fattispecie"¹⁰⁷.

¹⁰⁶ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, 2° ed., Milano, Giuffrè, 1971, pp. 205 ss. È il caso di riportare l'illuminante passo ove l'autore afferma che le «ovvie e troppo facili obiezioni del positivismo giuridico disconoscono nell'ordine giuridico il carattere di 'totalità spirituale', e non tengono conto di un dato di fatto non meno fondamentale e incontrovertibile, che da tale carattere deriva; ed è che, siccome le singole norme non rispecchiano se non in parte i principi generali (il che esclude una meccanica equivalenza dei due termini), così i principi generali, in quanto criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, sono caratterizzati da un'eccedenza di contenuto deontologico, o assiologico che dir si voglia, in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema. In essi principi opera una virtualità e una forza di espansione, ma non già di indole logica o dogmatica, bensì di indole valutativa e assiologica: forza non già di verità e di ragione teoretica, ma di valori etici e delle loro valutazioni, che gradatamente maturano e si affermano in base a situazioni storiche contingenti».

¹⁰⁷ F. MODUGNO, voce *Principi generali dell'ordinamento* cit., p. 4.

Non pare che questa dottrina possa essere relegata a un <<*positivismo dei principi*>> per il solo fatto che li ritiene *essenzialmente impliciti* e ricavabili dall'interprete attraverso giudizi di valore. Di acqua sotto i ponti ne è passata in abbondanza, ma quelle considerazioni sembrano il presupposto di quelle odierne. Anche gli autori che abbiamo genericamente ricondotto alla corrente neocostituzionalista riconoscono che quantomeno le condizioni di applicazione dei principi sono essenzialmente implicite. Oggi diverso sembra poi tanto il *luogo* entro cui rinvenire i principi generali, quanto le *modalità* della loro individuazione. Terreno d'elezione sarà certamente la Costituzione, intesa non solo in senso formale, ma evidentemente sostanziale, materiale, quasi meta-costituzionale. Ed è in questo "ordinamento costituzionale" che i nostalgici collocano le norme delle Preleggi al Codice civile, prime fra tutte quelle sull'interpretazione, che devono essere certamente arricchite e ridimensionate alla luce del testo costituzionale, ma sarebbero ancora da considerarsi norme dalla *natura materialmente costituzionale*¹⁰⁸, come tali caratterizzanti il sistema nel suo complesso.

Dal punto di vista generale, i principi sembrano dunque non richiedere fondamento o giustificazione, in quanto ritenuti "ovvi, autoevidenti, o intrinsecamente giusti"¹⁰⁹. E se è vero che la dottrina odierna tende a mettere in luce quanto più possibile questo aspetto, per tentare di rendere i principi totalmente *espliciti*, è pur vero che almeno l'*applicazione* del principio al caso concreto richiederà un ineliminabile

¹⁰⁸ B. AUGUSTO, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in "Quaderni costituzionali", 2010 fasc. 2, pp. 311-358, ricorda come già prima della Costituzione si era ritenuto che le leggi che dispongono su altre leggi hanno natura materialmente costituzionale; in questo senso F. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione*, in "Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi", Milano, Giuffrè, 1952, pp. 470-471, come pure Mortati, Scialoja, Donati e Crisafulli. Di quest'ultimo, in particolare, v. *I principi costituzionali dell'interpretazione*, in "Scritti in onore di Santi Romano", Padova, Cedam, 1939, 680 ss.

¹⁰⁹ R. GUASTINI, voce *Principi di diritto*, in "Digesto delle discipline privatistiche", sez. civile, IV ed., Utet, 1996, pp. 341 ss.

momento di rilevazione-costruzione che si sostanzia nel lavoro di <<concretizzazione>> ed eventuale ponderazione (v. *supra*, Cap. I, par. 6. Più ponderazione (che sussunzione?).). Tali operazioni rendono ancora necessaria la *mediazione* dell'interprete tra la precisa norma ricavabile dal principio e la fattispecie concreta cui esso si rende applicabile. Qui però si rende necessaria una importante distinzione tra gli *ambiti* di applicazione. Si sta parlando di "principi generali" operanti a livello di legge ordinaria, non già di principi (generali) costituzionali. Generalmente, essi vengono adoperati in due ordini di giudizi: rispettivamente quelli <<ordinari>> e quelli <<costituzionali>>, ed è abbastanza intuitivo che essi abbiano caratteri, oggetti, modalità, diversi tra loro. In particolare, spiega Baldassarre¹¹⁰, "l'applicazione dei principi costituzionali non ha nulla a che fare con un giudizio basato sullo schema del sillogismo sussuntivo e della conseguente esigenza di enucleare o di *costruire* una *regola* per la decisione del *caso*". Si tratterebbe invece di ciò che sostiene un altro giudice costituzionale, Luigi Mengoni, per il quale, "mentre nel giudizio civile, penale o amministrativo, il bilanciamento dei principi è sempre strumentale all'elaborazione della regola volta a risolvere una concreta controversia, nel giudizio di costituzionalità, invece, il bilanciamento, *rectius* applicazione, dei principi costituzionali è di per sé risolutivo (= sufficiente a formare il parametro di giudizio) senza implicare affatto la formulazione di alcuna regola"¹¹¹. In sintesi, anche i principi costituzionali sono giustiziabili e applicabili: spesso *mediatamente* nelle controversie comuni – civili, penali, amministrative – grazie all'argomentazione giuridica che ne estrae regole concrete e precise; sempre *immediatamente* nel giudizio di costituzionalità, perché trattasi di un giudizio per principi.

¹¹⁰ A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, in "Giur. cost.", 2007 fasc. 4, p. 3251 ss.

¹¹¹ *Ibidem*.

E ciò pare indipendente rispetto a un auspicato utilizzo *diretto* della Costituzione e dei suoi principi anche da parte dei giudici ordinari.

Ad ogni modo, è pacifico che oramai ai principi generali siano riconosciute funzioni ben più ampie rispetto a quella di semplice "riempimento" dei vuoti legislativi affidata dall'art. 12 Preleggi. In primo luogo, essi sono posti a fondamento e completamento dell'ordinamento e come tali assolvono una funzione *integrativa o normogenetica*, producendo norme che vengono concretamente e direttamente applicate. In secondo luogo essi svolgono una funzione *programmatica*, orientando le scelte del legislatore e, in generale, dell'interprete, entrambi vincolati da quanto espresso dal principio stesso (specie se costituzionale). Infine, i principi assumono un ruolo fondamentale nel ragionamento giuridico e dunque assolvono una funzione *interpretativa* quando il testo di una disposizione risulta incerto, carente, lacunoso.

1.2 I principi (generali) costituzionali.

I principi costituzionali sono da ritenersi generali per definizione¹¹², in quanto costituiscono i pilastri portanti del complesso impianto giuridico. La recezione di essi nell'ambito della Costituzione formale assume significato dal punto di vista *gerarchico*, nel senso che le norme e i principi costituzionali sono certamente dotati di valore superiore rispetto alle norme e principi ordinari e sono idonei a provocare l'illegittimità costituzionale, e conseguente inefficacia, di ogni fonte di rango inferiore che si ponga in contrasto con essi. Peraltro, anche qui ci sembra opportuno abbandonare il formalismo, poiché il *testo* costituzionale non costituisce l'unica fonte dei principi costituzionali. Esistono principi *sostanzialmente* costituzionali, non direttamente riconducibili alla *forma* costituzionale, ma

¹¹² La mancanza di compiute e inequivocabili definizioni genera perplessità; d'altro canto, «<poiché tutti i principi sono generali, non si può individuare una differenza netta tra principi e i c.d. principi generali del diritto>>, ha scritto M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, in "Sociologia del diritto", 1983, 10/3, pp. 7-33.

cionondimeno ritenuti anch'essi fondamento del nostro ordinamento. Si ritiene, in genere, che essi siano tratti da singole disposizioni, o da insiemi più o meno vasti di norme costituzionali, o ancora dall'ordinamento giuridico complessivamente considerato. Ma c'è anche chi crede nell'esistenza di principi costituzionali *postulati*, cioè che siano i principi a precedere le norme e non viceversa, essendo in questione regole che possiedono intrinseca evidenza, comprensibilità e universalità; credenza avallata dalle sentenze della Corte Costituzionale che, specie nei primi anni di attività, ha fatto ampio riferimento ad una sorta di *diritto costituzionale comune presupposto*¹¹³ dalla Costituzione scritta. Insomma, come ribadito più volte, la Costituzione appare come <<una tavola di valori fondamentali>>, nel senso che è la manifestazione di un universo etico e culturale che in qualche modo esprime qualcosa di meta-costituzionale, di più solido e di più radicato nella comunità di quanto non lo siano le norme della Costituzione scritta in sé considerate¹¹⁴.

1.3 I principi fondamentali.

La formula "principi fondamentali" comprenderebbe almeno tre possibili significati¹¹⁵, potendo configurare: a) i principi qualificati dalla Corte costituzionale come supremi o fondamentali, attinenti tutti all'essenza dei valori etico-politici su cui si fonda la Costituzione; b) i primi dodici articoli della Costituzione e gli altri principi che altrove sono *testualmente* identificati come tali; c) i principi fondamentali delle diverse "materie" che concernono i rapporti tra legislazione statale e regionale come previsto dall'art. 117 della Costituzione. L'analisi della

¹¹³ G. RAZZANO, *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002.

¹¹⁴ A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori* cit., pp. 656-657.

¹¹⁵ La tripartizione è ripresa da G. RAZZANO, *Principi fondamentali, supremi, essenziali e inviolabili nella giurisprudenza costituzionale*, in "Diritto e società", 2006 fasc. 4, pp. 587-621.

giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale ha spesso utilizzato indistintamente la dizione “fondamentali” o “supremi” per riferirsi a un *nucleo duro* di principi costituzionali, ci induce a ritenere che la definizione più corretta sia quella che scinde forma e sostanza, e individua nei principi fondamentali non solo i primi dodici articoli del testo costituzionale, ma “l’interpretazione di ciò che nella nostra esperienza giurisprudenziale è da intendersi per principi fondamentali”¹¹⁶.

La domanda sorge spontanea: ma allora che valore si deve attribuire alla intitolazione espressa di <<principi fondamentali>> compiuta dai nostri padri costituenti? Evidentemente, essi si sono limitati a raggruppare sotto quella specifica denominazione i principi per cui era già stata fatta in astratto e in anticipo quella valutazione *intuitiva* che sempre accompagna l’enucleazione di un principio. Dunque è da escludere che una tale valutazione anticipata e astratta possa integralmente sostituirsi a quella successiva e concreta svolta dall’operatore-interprete ogni qual volta da una disposizione o da un complesso di norme o da altro – soprattutto dati extratestuali e extragiuridici –, tragga un principio. Stabilire, infatti, in partenza se un enunciato è, o no, espressivo di un <<principio fondamentale>>, è praticamente, il più delle volte, assai arduo¹¹⁷. In altri termini, la questione se una disposizione esprima un principio o una regola è questione decisa da una valutazione dell’interprete, ma non manca il caso di disposizioni che si auto-qualificano come principi in virtù di una valutazione del legislatore, ed è proprio questo il caso dei primi 12 articoli della Costituzione.

¹¹⁶ EAD., *op. ult. cit.*, p. 598.

¹¹⁷ A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in “Politica del diritto”, 2006, n. 4, p. 541.

2. La nascita <<giurisprudenziale>> dei principi supremi.

Tra i principi costituzionali, ve ne sono poi alcuni che non possono essere in alcun modo sovvertiti, modificati o abrogati, essendo sottratti a revisione costituzionale, e neppure tollerano deroghe di sorta ad opera delle altre norme formalmente costituzionali. Ciò perché i principi supremi dell'ordinamento appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana¹¹⁸. Si ripropone, qui più che altrove, l'esaltazione del carattere meta-normativo e materiale del diritto dello Stato costituzionale, che trova ampia conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

È nota infatti l' <<origine giurisprudenziale>> che caratterizza i principi supremi. Particolarmente interessante, ai nostri fini, è il tema da cui ha inizio la loro storia. Facciamo un passo indietro fino agli anni settanta, quando si è percepita la necessità di ricercare un criterio distintivo all'interno della rigidità costituzionale¹¹⁹ che consentisse di delineare un nucleo indefettibile di principi volti a costruire un confine invalicabile, e quindi a porre le istanze irrinunciabili e caratterizzanti il nostro ordinamento. I principi supremi sono stati anzitutto evocati per impedire che prima il diritto canonico, e poi quello comunitario, incidessero indiscriminatamente tramite le rispettive leggi di esecuzione sulle norme della Costituzione¹²⁰. Si assumeva che la Corte, pur <<non

¹¹⁸ Punto 2.1 della motivazione in diritto della sentenza n. 1146 del 1988, esaminata nel paragrafo seguente.

¹¹⁹ L. ELIA, *I principi supremi presi sul serio*, in "Giur. cost.", 2009 fasc. 3, pp. 2147 ss.

¹²⁰ F. MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in F. MODUGNO - A.S. AGRÒ - A. CERRI (a cura di), *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2002.

sposando>> esplicitamente la tesi della costituzione materiale¹²¹, intendeva in questo modo diversificare la *superficie costituzionale*¹²².

Con le sentenze n. 30 e n. 31 del 1971¹²³ la Corte viene per la prima volta investita delle questioni di costituzionalità concernenti la legge di esecuzione del Concordato del 1929. È in queste occasioni che la Corte ha avuto modo di coniare la formula "principi supremi dell'ordinamento costituzionale" e, pure prevalentemente conservando la legittimità costituzionale delle disposizioni coinvolte¹²⁴, essa non ha mancato di chiarire, in un *obiter dictum* di fondamentale importanza, che il principio pattizio o concordatario ex art. 7 Cost. <<non può avere forza di negare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato>>, aggiungendo poi che tale articolo <<non preclude il controllo di costituzionalità delle leggi che immisero nell'ordinamento interno le clausole dei Patti Lateranensi, potendosene valutare la conformità o meno ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale>>. Tali sentenze hanno avuto il merito di aver chiarito, una volta per tutte e in senso negativo, la questione riguardante la presunta costituzionalizzazione dei Patti Lateranensi¹²⁵. Un'attenta lettura della

¹²¹ Sulla quale v. C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in "Enciclopedia del diritto", XI, Milano, Giuffrè, 1962. Più ampiamente ID., *La Costituzione in senso materiale (1940)*, Milano, Giuffrè, 1998.

¹²² F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, in G. AMATO - A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, I, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 131.

¹²³ Rispettivamente in "Giur. cost.", 1971, I, p. 150 e ss.; 1971, p. 154 e ss.

¹²⁴ Nella sent. n. 30/1971 in questione era l'articolo 34 relativo alla giurisdizione matrimoniale dei Tribunali ecclesiastici, ritenuti speciali e dunque sottostanti al divieto di istituire giudici speciali ex art. 102, co. 2, Cost. La Corte si pronunciò nel senso dell'infondatezza della questione poiché ritenne che l'art. 102 Cost. riguardasse unicamente l'ordinamento interno, al quale i tribunali ecclesiastici sono da considerarsi estranei. La sent. n. 31/1971 si occupò del regime del matrimonio concordatario previsto dall'art. 7 della l. 847/1929, che non prevedeva una opposizione alle pubblicazioni di matrimonio concordatario per constatata affinità di primo grado fra i nubendi; e giunse alla medesima conclusione della sentenza precedente motivando che "la semplice differenza di regime riscontrabile fra matrimonio civile e matrimonio concordatario (...) non implica di per sé una illegittima disparità di trattamento".

¹²⁵ A giudizio di S. LARICCIA, *I capisaldi del dibattito dottrinale sugli articoli 7 e 8 della Costituzione*, in "Politica del diritto", 1996, n. 1, pp. 29-47, p. 39, <<Una volta ammesso il sindacato di costituzionalità sulle norme di derivazione pattizia, più persuasive

sentenza fa legittimamente pensare che la Corte abbia inteso fissare il limite invalicabile dei principi supremi non solo nei confronti delle norme di origine concordataria, ma anche nei confronti della "sfera di indipendenza e sovranità della Chiesa cattolica nel suo ordine". Difatti, quando la Corte dice espressamente che l'art. 7 <<*non può avere forza di negare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato*>> sembra riferirsi all'intero contenuto normativo dell'art. 7 Cost. e non solo alla parte della norma che richiama i Patti Lateranensi¹²⁶. La Corte ha però tralasciato in quelle circostanze di offrire una definizione *contenutistica* dei principi supremi, apparendo questi piuttosto come principi-strumento, come postulati, utili a fondare un'interpretazione creativa della Corte, la quale ha inteso così produrre un ulteriore parametro di costituzionalità che pare si ponga *accanto e sopra* gli altri principi costituzionali (anche enunciati), quello appunto dei principi supremi dell'ordinamento¹²⁷.

Sulla stessa linea di tendenza si pone la sent. n. 175 del 1973¹²⁸ che si risolve con l'inammissibilità per irrilevanza della questione di costituzionalità delle norme di derivazione concordataria che riconoscono la giurisdizione dei tribunali ecclesiastici in materia matrimoniale. La

sarebbero state (...) le sentenze della Corte se quest'ultima fosse pervenuta alla conclusione della prevalenza di tutte le norme e i principi costituzionali su tutte le norme che hanno immesso nell'ordinamento interno le clausole dei Patti Lateranensi, e avesse pertanto affermato il principio di illegittimità costituzionale di ogni disposizione di derivazione pattizia in contrasto con le norme e i principi costituzionali>>.

¹²⁶ Cfr. P. LILLO, *I confini dell'ordine confessionale nella giurisprudenza costituzionale*, in G. DALLA TORRE – P. LILLO, *Sovranità della Chiesa e giurisdizione dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 497.

¹²⁷ Cfr. F.P. CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *I diritti dell'uomo*, 1994, III, pag. 5 e ss. L'autore definisce i "principi" come "norme o valori etico giuridici o di leggi scientifiche di portata generale (...) frutto di operazioni intellettuali della scienza giuridica e della giurisprudenza, cioè dell'interpretazione del diritto commessa dai giudici, non primariamente o necessariamente dal legislatore" aggiungendo che "principio supremo è ogni profilo che valga ad esprimere l'identità dello Stato repubblicano".

¹²⁸ In "Giur. cost.", 1973, p. 2321 e ss.

Corte, riaffermando la sindacabilità della legge di esecuzione dei Patti¹²⁹ in relazione ai principi supremi, negò tuttavia l'esistenza di un principio supremo di inderogabilità della giurisdizione statale e dunque concluse nel senso che la riserva di giurisdizione ai tribunali ecclesiastici relativamente alla cognizione delle cause di nullità del matrimonio fosse compatibile con la sovranità dello Stato italiano.

Emerge da questa sentenza l'ampia discrezionalità di cui gode la Corte nella costruzione dei principi-parametro, in particolare se si pensa che essa giustifica la sua posizione sulla base del fatto che *<<un'inderogabilità assoluta della giurisdizione statale non risulta da espresse norme della Costituzione, né è deducibile, con particolare riguardo alla materia civile, dai principi generali del nostro ordinamento, nel quale ipotesi di deroga sono stabilite da leggi ordinarie (art. 2 c.p.c.)>>*; mentre nella sentenza n. 30 del 1971, richiamata dalla stessa Corte, era giunta alla costruzione di un'intera categoria (quella dei principi supremi) pure in assenza di *espresse norme* in merito¹³⁰. L'argomento dei principi supremi quindi, da un lato nega, dall'altro afferma.

Un prima timida svolta si ha con la sent. n. 18 del 1982¹³¹ quando finalmente la Corte giunge a un utilizzo più *concreto* della categoria dei principi supremi, dichiarando sulla base di essi l'incostituzionalità di alcune disposizioni della legge di esecuzione e della legge di applicazione del Concordato¹³², nella parte in cui tali norme non prevedono che alla Corte d'Appello, all'atto del rendere esecutiva la sentenza del Tribunale ecclesiastico sulla nullità del matrimonio, spetta accertare che nel procedimento innanzi ai tribunali ecclesiastici sia assicurato alle parti il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti, e che la

¹²⁹ L. n. 810 del 1929 (Esecuzione del Trattato, dei quattro allegati annessi, e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la Santa Sede e l'Italia, l' 11 febbraio 1929).

¹³⁰ L'osservazione è di G. RAZZANO, *Il parametro delle norme non scritte* cit., p. 27.

¹³¹ In "Giur. cost.", 1982, p. 138 e ss.

¹³² Si trattava dell'art. 1 l. n. 810/1929, e dell'art. 17, co. 2, l. n. 847/1929.

sentenza medesima non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano. Dunque la Corte ascrive sia il diritto alla tutela giurisdizionale, sia l'ordine pubblico <<*tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale*>>.

Per riassumere, la prima utilizzazione dei principi supremi ha avuto un'azione essenzialmente difensiva di un nucleo assolutamente immodificabile di principi costituzionali, rappresentativi dell'identità dell'ordinamento, verso l'influenza esplicita in vario modo da fonti di ordinamenti *esterni*, quali quelle concordatarie ex art. 7 Cost. e comunitarie ex art. 11 Cost.¹³³. La Corte si è limitata, in un primo momento, a enunciare astrattamente l'esistenza della categoria, per poi farne un uso più consapevole e concreto arrivando a fondare sulla base dei principi supremi pronunce di incostituzionalità. Da questa giurisprudenza risulta che, in quanto fonti dotate di copertura costituzionale, le norme di esecuzione del Concordato, così come i regolamenti comunitari, sono dotate di una forza di resistenza passiva superiore a quella delle normali legge ordinarie. Da ciò discenderebbe l'astratta possibilità per tali fonti di derogare alle altre norme costituzionali in quanto si pongano come diritto speciale. Ciò che però non può legittimamente accadere è che norme di diritto speciale dotate di copertura costituzionale possano collidere con i principi supremi dell'ordinamento dello Stato. In altri termini, "i principi supremi non sono suscettibili di essere derogati da quei principi generali costituzionali (per es. dal principio concordatario) che offrono

¹³³ Sul tema dei limiti posti dalla giurisprudenza costituzionale nei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario la bibliografia è vastissima. Per una generale ricostruzione dell'uso dei principi supremi nei diversi ambiti di applicazione cfr. R. CALVANO, *Il ruolo dei principi fondamentali della Costituzione nella giurisprudenza costituzionale*, in S. STAIANO (a cura di), "Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni", Torino, Giappichelli, 2006, 373 ss. Per lo studio della giurisprudenza in materia si vedano le sentt. n. 183/1973, n. 170/1984, n. 399/1987.

<<copertura>> costituzionale ad uno specifico settore di produzione normativa”¹³⁴.

2.1 La storica sentenza n. 1146 del 1988.

Per arrivare alla configurazione dei principi supremi come *limiti taciti alla revisione costituzionale* si deve attendere sino alla famosa sentenza n. 1146/1988¹³⁵. In essa, la Corte afferma che <<La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale>> e aggiunge <<neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali>>. La Corte si sforza altresì di chiarire in che modo individuare i suddetti principi supremi: <<Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana>>. La Corte prosegue richiamandosi ai suoi precedenti in materia concordataria e comunitaria¹³⁶ per confermare la <<valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale>> dei principi supremi. Adottando un'argomentazione spiccatamente *evidenziale*, il giudice costituzionale prosegue affermando la propria competenza <<a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Se così non fosse,

¹³⁴ F. MODUGNO, voce *Principi generali dell'ordinamento* cit., p. 11.

¹³⁵ In "Giur. cost.", 1988, p. 5569 e ss.

¹³⁶ Vale a dire, sia i casi in cui la Corte ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, dotate della "copertura costituzionale" ex art. 7, co. 2, non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai "principi supremi dell'ordinamento costituzionale" (v. sentt. nn. 30/1971, 12/1972, 175/1973, 1/1977, 18/1982); sia le pronunce ove ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato CEE può essere assoggettata al sindacato della Corte "in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana" (v. sentt. nn. 183/1973, 170/1984).

del resto, si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore>>.

Nonostante il mantenimento di una certa vaghezza nel linguaggio della Corte, bisogna dare atto ad essa di aver compiuto un passo ulteriore rispetto alle sentenze precedenti, nel tentativo di fornire una indicazione in ordine a *cosa* siano e a *come* costruire i principi supremi. Essi vengono identificati nei *valori supremi costituzionali*, ovvero in quei valori che rappresentano i caratteri identitari dell'assetto costituzionale, la cui sovversione implicherebbe un'inevitabile rottura con la nostra intera tradizione giuridico-istituzionale¹³⁷. Inoltre, la Corte si è spinta sino ad affermare la propria generale competenza a giudicare della costituzionalità delle leggi di revisione e delle *altre leggi costituzionali* in riferimento ai principi supremi. Quindi, se in precedenza si era ravvisata una funzione di tali principi quali limiti "*ad extra*" per la necessità di arginare l'ingresso del diritto concordatario e di quello comunitario nell'ordinamento interno; ora la teorizzazione dei principi supremi risponde a un'esigenza "*ad intra*" nell'ambito del sindacato per vizi sostanziali sulle leggi costituzionali e di revisione, comportando una potenziale estensione di tale controllo a tutte le materie coinvolte¹³⁸.

3. La dottrina divisa.

Il dibattito che è seguito alla sentenza n. 1146/1988, ha messo in risalto tutti profili problematici attinenti la Costituzione, i suoi contenuti e

¹³⁷ M. R. DONNARUMMA, *Il "limite dei principi supremi" e la teoria costituzionale dei valori*, in "Diritto e società", 2006 fasc. 2, pp. 199-252, p. 233.

¹³⁸ La classificazione si deve a F.P. CASAVOLA, *I principi supremi* cit., il quale aggiunge un'applicazione dei principi "*infra*", cioè come parametro del giudizio di legittimità costituzionale tout court, "verso il diritto interno posto dal legislatore ordinario, per cancellare le norme che ne configurino violazione". In questo senso i principi esplicano un'azione "correttiva del diritto interno costantemente ricondotto a conformità a Costituzione".

la sua interpretazione. Da più parti si sosteneva che la Corte avesse arbitrariamente aggiunto un nuovo gradino <<supercostituzionale>> nella gerarchia delle fonti, ovvero che vi fosse una gerarchia interna tra norme e norme della Costituzione¹³⁹. Ma a ben guardare nelle parole della Corte non è rinvenibile una simile intenzione, tanto più che essa parla di “*norme di più elevato valore*” e mai di <<rango>> o <<grado>> superiore. Che non vi sia una gerarchia tra principi costituzionali è confermato anche dal fatto che nella decisione in commento la Corte utilizza spesso tanto il termine “principi supremi” quanto quello “principi fondamentali” come sinonimi espressivi dei <<*valori supremi dell’ordinamento costituzionale*>>¹⁴⁰. Ne discende dunque che l’opera di individuazione-costruzione dei principi supremi è strettamente collegata all’esplicitazione-composizione dei valori primari costituzionali, e ciò non ha nulla a che fare con una sorta di superiorità gerarchica. In caso contrario la supremazia del valore dovrebbe considerarsi rigida e generalmente valevole, il che presupporrebbe una definizione compiuta di un catalogo *tassativo* di principi supremi da utilizzare in qualsiasi occasione¹⁴¹. Al contrario, si è avuto modo di constatare come i principi supremi non si atteggiino sempre allo stesso modo, apparendo anzi talvolta cedevoli quando a bilanciare la

¹³⁹ Esprime perplessità, ad esempio, S. LARICCIA, *La laicità della Repubblica italiana, in Corte costituzionale e processo costituzionale*, (a cura di) A. PACE, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 417-444, p. 430, ritenendo che la soluzione accolta dalla Corte appaia “incerta e non poco pericolosa, giacché a parte la difficoltà evidentemente avvertita anche dal supremo giudice costituzionale di precisare che cosa realmente si intenda per principi supremi dell’ordinamento costituzionale italiano” deriva la conseguenza che alla Corte “è affidato il compito di individuare di volta in volta, l’esistenza di ‘principi super costituzionali’, essi soltanto dotati di una ‘super resistenza’ e che l’azione dei giudici costituzionali viene sempre più a collegarsi a criteri di opportunità e di convenienza difficilmente controllabili in base a parametri certi, mentre in un regime di Costituzione rigida, il grado delle norme deve essere desunto non dal loro contenuto ma dal particolare procedimento previsto per la loro approvazione”.

¹⁴⁰ N. COLAIANNI, *Laicità e prevalenza delle fonti di diritto unilaterale sugli accordi con la Chiesa cattolica*, in “Politica del diritto”, 2010, n. 2, pp. 181-225, p. 198.

¹⁴¹ Elenco impossibile secondo A. PIZZORUSSO, *Comm. Branca cit.*, p. 723; per cui in concreto sarà la Corte costituzionale a indicare di volta in volta i principi supremi.

deroga, nei limiti della proporzionalità, vi fossero un'*occasio legis* eccezionale ed altri principi costituzionali: si pensi alle pronunce in tema di legislazione concordataria, ad esempio le sentt. n. 32/1971, 12/1972, e l'ord. 26/1985; in cui si legittimano letture "affievolite" del principio di eguaglianza ex art. 3 Cost. o di quello della tutela ambientale ex art. 9, comma 2, Cost. nel bilanciamento con i precetti dell'art. 7 Cost.¹⁴². Specie con la sentenza n. 32 del 1971, la Corte pare aver manifestato la tendenza a considerare l'art. 7 parzialmente derogatorio rispetto al principio di eguaglianza, laddove ha ritenuto che la differenziazione di trattamento giuridico introdotta dal regime concordatario per la materia matrimoniale non configurasse una violazione dell'art. 3, comma 1, Cost. <<*perché la discriminazione stessa risulta (...) espressamente consentita da altra norma costituzionale, e cioè dall'art. 7, comma 2*>>¹⁴³. Per la verità, non pare ravvisabile una vera e propria deroga al principio di eguaglianza, poiché l'intento della Corte era piuttosto quello di rendere concretamente applicabile quest'ultimo, "nel senso che la disposizione dell'art. 7 cpv. Cost. (...) determinando la particolarità di soggetti, situazioni e rapporti e fissando insomma la diversità di situazioni particolari rispetto ad altre (generali), pone la premessa dalla quale il legislatore deve muovere per stabilire una disciplina differenziata di esse, proprio per l'integrale rispetto del principio di eguaglianza"¹⁴⁴ che consente ragionevoli distinzioni per situazioni differenti. Non si deve dunque confondere la logica dei valori, che è logica flessibile e "ponderata", la quale porta a decisioni graduate in relazione ai casi, quindi anche ragionevolmente

¹⁴² M.R. DONNARUMMA, *Il "limite dei principi supremi"* cit., p. 243.

¹⁴³ Sent. n. 32/1971, in "Giur. cost.", 1971, p. 156 e ss., *Considerato in diritto*, p. 162.

¹⁴⁴ F. MODUGNO, *La Corte costituzionale di fronte ai Patti Lateranensi*, in "Giur. cost.", 1971, p. 414.

diverse e mai definitive, con quella “sussuntiva” propria dell’attuazione legislativa¹⁴⁵.

L’intento della Corte è stato piuttosto quello di tracciare la fisionomia del nostro ordinamento, di dare un volto al “profilo fondamentale della forma di Stato”¹⁴⁶. Dunque tali principi, supremi o fondamentali, non posso non essere incisi in alcun modo, né direttamente, attraverso il potere di revisione costituzionale, né indirettamente attraverso trattati come quello comunitario o quello concordatario¹⁴⁷. A rigore, se il principio supremo è (come ogni principio) normogenetico, ovvero fonte di norme, un conto è ammettere la deroga di una norma da esso ricavabile, altro conto è ammettere la deroga allo stesso principio *ut sic*, inteso nella sua assoluta primazia assiologica. Bisogna perciò tenere distinti la fattispecie della norma, con il contenuto di valore che il principio esprime, essendo proprio tale contenuto che rende il principio sottratto a revisione costituzionale¹⁴⁸.

Altro filone polemico si era concentrato sul fatto che la Corte costituzionale avesse fondato la propria decisione in materia di principi supremi riferendosi ai suoi precedenti sulla sindacabilità di norme di ordinamenti esterni dotati di <<copertura costituzionale>> e finendo per assimilare ad esse le leggi formalmente costituzionali. La dottrina rilevò la non pertinenza dell’equiparazione e suggerì come precedenti più pertinenti le sentenze n. 38 del 1957 e n. 6 del 1970, ossia gli unici casi in

¹⁴⁵ In tal senso F. MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale* cit.

¹⁴⁶ Cfr. N. COLAIANNI, *Laicità e prevalenza delle fonti di diritto unilaterale* cit., p. 198 si riferisce a quanto la Corte ha detto a proposito del principio supremo di laicità.

¹⁴⁷ Cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 150 ss.

¹⁴⁸ F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, relazione tenuta all’incontro intitolato *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori. Due diverse prospettive a confronto*, insieme al Prof. Alessandro Pace nell’ambito del corso di dottorato in diritto costituzionale e diritto pubblico generale dell’Università degli studi di Roma “La Sapienza” il 12 maggio 2005, in ID., *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. 27-64.

cui la Corte si era effettivamente trovata dinanzi a una legge costituzionale, lo Statuto siciliano, che conteneva talune disposizioni indubbiamente contrarie a ciò che, solo in seguito, divennero i "principi supremi"¹⁴⁹. In entrambe le occasioni la Corte aveva deciso-di-non-decidere sul problema della sindacabilità di leggi formalmente costituzionali. Nella prima (sent. n. 38/1957) il giudice si limitò a dichiarare il proprio <<assorbimento>> della competenza dell'Alta Corte per la Regione siciliana in nome del <<principio dell'unità della giurisdizione costituzionale>>, affermatosi con l'entrata in vigore della costituzione repubblicana, e la conseguente abrogazione tacita delle norme incompatibili contenute nello statuto siciliano del maggio 1946. Nella seconda (sent. n. 6/1970) la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale delle norme del decreto con cui lo statuto era stato originariamente adottato¹⁵⁰ e non della legge costituzionale di conversione¹⁵¹; insomma precisò che non si trattava di sindacare una legge costituzionale, bensì di rilevare che quelle norme statutarie incostituzionali erano state implicitamente abrogate dalla legge di conversione dello Statuto.

Ora, l'aver omesso il problema, è davvero segno di una mancanza, o piuttosto corrisponde a una precisa volontà di soluzione del problema, se non ad una vera e propria svolta giurisprudenziale?

Guardando direttamente alla sent. n. 1146/1988, in quell'occasione la Corte, dopo l'importante affermazione della sindacabilità delle leggi costituzionali per contrasto con i principi supremi, non fece applicazione dei suddetti precedenti, probabilmente perché non li considerò utilizzabili nel caso di specie, ma anzi li ritenne fuorvianti¹⁵². La sindacabilità

¹⁴⁹ Si trattava dei principi di eguaglianza, riserva di giurisdizione del giudice penale, unità della giurisdizione costituzionale.

¹⁵⁰ Artt. 26 e 27 del decreto legislativo n. 455 del 1946.

¹⁵¹ Legge costituzionale n. 2 del 1948.

¹⁵² La sentenza si concluse con la dichiarazione di inammissibilità della questione in quanto "ancipite", che secondo consolidata giurisprudenza ritiene "inammissibili le

sostanziale di leggi costituzionali trovò invece fondamento nell'equiparazione delle leggi costituzionali alle leggi ordinarie (dotate di <<copertura costituzionale>>) come sono le leggi esecutive dei Patti Lateranensi e dei trattati comunitari. In questo modo i principi supremi assumevano la veste di parametro non solo nei confronti delle norme dotate di resistenza passiva superiore rispetto a quella delle comuni leggi ordinarie, ma anche nei confronti delle stesse leggi formalmente costituzionali, siano esse di revisione e non¹⁵³. Sembrò allora un grande paradosso, che portò a ritenere che la vecchia disputa sulla (possibile) incostituzionalità sostanziale delle leggi formalmente costituzionali fosse risolta in senso positivo dalla stessa giurisprudenza costituzionale. In altri termini, anche la revisione costituzionale e tutte le leggi formalmente costituzionali – dotate di particolare capacità innovativa rispetto alla normazione costituzionale – incontrano il limite rappresentato dai principi che espressamente la Costituzione prevede come “limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana” ex art. 139 Cost.; e l'altro rappresentato dai principi che “appartengono all'essenza dei

questioni di legittimità costituzionale relative a disposizioni che, essendo proposte dal giudice *a quo* secondo interpretazioni tra loro contrastanti e dando vita, pertanto, a richieste meramente ipotetiche, impediscono di identificare precisamente il *thema decidendum* e fanno venir meno la possibilità di verificare la rilevanza delle questioni stesse, in quanto proposte in <<astratto>>”. Lo ricorda M. R. DONNARUMMA, *op. ult. cit.*.

¹⁵³ Alcuni autori ritengono che alla distinzione tracciata dall'art. 138 Cost. occorra riconoscere un valore giuridico-prescrittivo: leggi di revisione sarebbero soltanto quelle che modificano direttamente il testo della Costituzione, mentre le *altre* leggi costituzionali potrebbero recare solo norme a efficacia temporanea, concretizzando sospensioni o deroghe della costituzione (ESPOSITO, 1936, p. 206; anche MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Milano, 1970, p. 161). Appare però prevalente la tesi che esclude che le leggi di revisione della Costituzione rappresentino una distinta categoria di atti normativi rispetto alle leggi costituzionali; pertanto si è affermato che <<il fatto che una determinata legge costituzionale si presenti come legge di revisione, oppure come legge applicativa o integrativa della Costituzione, può avere rilevanza soltanto in relazione alla particolarità della concreta vicenda in cui la sua approvazione viene ad inserirsi>> (PIZZORUSSO, *Lezioni*, p. 714; nonché CICONETTI, *Legge costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 930-939, p. 932).

valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”, che si pongono pertanto come limiti impliciti o logici alla revisione¹⁵⁴.

4. Il passo in più (tra le teorie costituzionali).

Possiamo compiere ora il famoso *passo in avanti* rispetto alla Corte costituzionale nel ritenere che, poiché non è escludibile che i principi supremi entrino in rotta di collisione anche con norme originarie della Costituzione, si rende necessario far operare il limite scaturente dai suddetti principi non solo nei riguardi delle leggi formalmente costituzionali, ma anche nei confronti delle stesse norme originarie. Difatti si può sostenere che applicando alle parole della Corte una interpretazione secondo la *ratio* – specie quando parla di “*valenza superiore* [dei principi supremi] *rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale*” o ancora quando sostiene che “*l’art. 7 non può avere forza di negare i principi supremi dell’ordinamento costituzionale dello Stato*” – deriva la volontà della Corte stessa di far prevalere i principi supremi ogni volta che ci sia bisogno di tutelare l’ordinamento nei suoi valori irrinunciabili, prescindendo dalla *forma* con cui la violazione si potrebbe realizzare. Tale valutazione non può che estendersi anche alle norme originarie costituzionali, qualora si riscontrino gravi anomalie che rischiano di mettere in pericolo valori e diritti fondamentali.

Dal punto di vista “tecnico”, a riprova di quanto si sta affermando, si potrebbe “risolvere” la tesi della c.d. *pari ordinazione* nel sistema delle fonti della Costituzione e delle leggi di revisione costituzionale. L’argomento centrale consiste nel ritenere che, a voler aderire all’opposta tesi della subordinazione¹⁵⁵, discenderebbe la logica conseguenza di

¹⁵⁴ F. MODUGNO, voce *Principi generali dell’ordinamento* cit. e Id., *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale* cit.

¹⁵⁵ La tesi della subordinazione considera le leggi di revisione come il prodotto del potere costituito e la Costituzione quale espressione invece del potere costituente, che come tale rappresenterebbe un’ «entità assolutamente originaria» rispetto al titolare del potere di

impedire alle seconde di modificare la prima¹⁵⁶, e si dovrebbe conseguentemente escludere la stessa "ammissibilità concettuale" delle leggi di revisione¹⁵⁷. Ora, assumendo quale punto di partenza tale tesi, si può ritenere che se la Corte è giunta ad affermare l'esistenza dei principi supremi quali limiti *impliciti* alla revisione costituzionale, ragionando per analogia, ne viene che lo stesso limite dovrebbe farsi valere anche nei confronti della Costituzione stessa, nel senso che le norme costituzionali originarie potrebbero essere sottoposte al vaglio dei principi supremi in quanto fonti parificate alle leggi di revisione. A tale soluzione non dovrebbe ostare il fatto che la teoria della pari ordinazione non ammetta altri limiti alla revisione che non siano *testuali* (o espressi), perché - per ammissione degli stessi sostenitori della tesi - trattasi comunque di limiti altamente *relativi*, suscettibili di essere legalmente superati rispettando determinate procedure "rinforzate"¹⁵⁸. La relatività dei limiti si giustifica essenzialmente su argomentazioni di logica giuridica e di carattere pratico degli ordinamenti costituzionali: il principio della *lex posterior*, per cui la norma successiva nel tempo modifica o abroga sempre quella precedente di pari grado; l'esigenza di escludere ogni eccessivo irrigidimento della Carta costituzionale, che ne comprometterebbe l'adeguamento alle

revisione costituzionale; cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, pp. 330 ss.; e anche G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1990, pp. 97 ss.

¹⁵⁶ A. FERRACCIU, *Norme e riforme costituzionali in Italia (a proposito del nuovo concetto di legge costituzionale)*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti*, Padova, 1931, Vol. I, pp. 393-438, p. 405.

¹⁵⁷ S.M. CICCONE, *La revisione della Costituzione*, Padova, Cedam, 1972, p. 238.

¹⁵⁸ S.M. CICCONE, *op. ult. cit.*, pp. 222 ss. e ID., *Revisione costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 134-157, p. 152. L'autore è giunto a sostenere che lo stesso limite espresso della forma repubblicana ex art. 139 sarebbe suscettibile di mutamento tramite un *doppio grado di revisione*, ossia abrogando prima la norma del 139 Cost. che ne impedisce la revisione costituzionale, e procedendo poi a *revisionare* le norme espressive della suddetta forma repubblicana. Sostenevano altresì la mutabilità della forma repubblicana per mezzo del procedimento di revisione ex art. 138 coloro che negavano ogni rilevanza giuridica alla disposizione ex art. 139. Cfr. per tutti VALENTINI, *L'art. 139 della costituzione e i principi generali del diritto*, in *Studi in memoria di L. Rossi*, Milano, 1952, pp. 528 ss.

mutevoli istanze della realtà sociale¹⁵⁹. Inoltre, si ritiene pacificamente che accanto al *limite espresso* della forma repubblicana ex 139 Cost. dotato di particolare capacità *espansiva* - in quanto inscindibilmente connesso al nucleo essenziale dei valori che formano la Costituzione¹⁶⁰ -, la natura di limite *esplicito* sia propria anche del principio personalistico ricavabile dall'art. 2 Cost., nella parte in cui afferma l'inviolabilità dei diritti dell'uomo¹⁶¹, con la conseguenza che tale formula sottrae (giustamente) a revisione anche diritti non espressamente riconosciuti dalla Carta, traducendosi di fatto in un limite *implicito*, nel senso che richiede di essere esplicitato mediante attività interpretativa¹⁶². Allora, sul presupposto che "la distinzione fra limiti espliciti ed impliciti non attiene alla loro diversa natura, ma solo al differente modo di apparire"¹⁶³, non si vede per quale

¹⁵⁹ E. GROSSO – V. MARCENÒ, *art. 139*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Vol. III, 2006, pp. 2731 ss, p. 2736.

¹⁶⁰ Con l'evolversi delle teorie dei limiti materiali alla revisione, la "forma repubblicana" è stata interpretata in senso esteso, comprensivo dell'intero impianto del sistema costituzionale, fondato sui principi del pluralismo, della democrazia e della rappresentanza politico-parlamentare, del suffragio universale, della separazione dei poteri, dell'inviolabilità dei diritti fondamentali, v. E. GROSSO – V. MARCENÒ, *art. 139*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione* cit., p. 2739.

¹⁶¹ In questo senso si sono espressi gli autori Mortati, Barile, Grossi, Mazziotti di Celso, Ridola, Pizzorusso, Pace e Cicconetti, citati da G. DI COSIMO, *art. 139*, in S. BARTOLE – R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, p. 1212. L'opportunità di estendere la misura della immodificabilità del regime istituzionale alle disposizioni relative ai diritti di libertà era già stata fatta propria da Benvenuti, che sottopose alla deliberazione dell'Assemblea plenaria l'art. 130-*bis* del seguente tenore: «Le disposizioni della presente Costituzione che riconoscono o garantiscono diritti di libertà, rappresentando l'inderogabile fondamento per l'esercizio della sovranità popolare, non possono essere oggetto di procedimenti di revisione costituzionale, tendenti a misconoscere o a limitare tali diritti, ovvero a diminuirne le guarentigie». Sebbene condiviso nella sostanza, l'articolo non ottenne l'approvazione dei votanti per ragioni di natura formale, v. E. GROSSO – V. MARCENÒ, *art. 139*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione* cit., p. 2733.

¹⁶² G. DI COSIMO, *art. 139*, in S. BARTOLE – R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione* cit., p. 1212.

¹⁶³ G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, Milano, 1987, II, pp. 1190 ss. L'A. ha manifestato perplessità in passato verso la costruzione di scale gerarchiche formali tra norme ugualmente di rango costituzionale, ritenendo che ciò sia del tutto coerente con l'idea che la sovranità vada cercata in un nucleo di valori superiori al livello formale della costituzione scritta.

motivo escludere oggi l'operatività dei principi supremi nell'ambito della teoria della pari ordinazione, dal momento che essi pure costituiscono limiti impliciti alle leggi di revisione costituzionale che necessitano in concreto di essere esplicitati di volta in volta dalla Corte costituzionale. Con la conseguenza che abbiamo prospettato *supra*, ovverosia che tali principi sarebbero in grado di assurgere a parametri di costituzionalità anche nei confronti delle norme costituzionali originarie.

In definitiva, anche le norme costituzionali, con tutte le loro vicende, sono giuridicamente condizionate dalla Costituzione intesa come un *tutto* comprensivo dei sottostanti valori fondativi. Ma se le norme costituzionali *sono* la Costituzione, come si può tutelare la Costituzione da se stessa? È chiaro che bisognerà adottare un concetto di Costituzione che non si limiti al puro dato formale e lessicale. Si dovrà distinguere *La* Costituzione quale "nucleo di diritti e valori indisponibili" che deve ritenersi contenutisticamente essenziale, dalle sue stesse norme, le quali saranno così condizionate al rispetto di quel nucleo. Tali norme originarie, unitamente alle leggi formalmente costituzionali, e al pari delle norme legislative, non possono sfuggire al controllo di costituzionalità. Pertanto, il sistema delle garanzie giurisdizionali della Costituzione si amplia e si articola su vari livelli, secondo che parametri di costituzionalità siano i principi supremi, ovvero, oltre ad essi, anche gli altri principi non supremi e le norme costituzionali, o ancora anche le c.d. norme interposte. Il fondamento di una tale *pluralizzazione dei valori costituzionali* è da ravvisarsi proprio nella "concezione di un nucleo essenziale di valore della Costituzione, assolutamente condizionante l'ordinamento nelle sue più diverse manifestazioni positive, comprese quelle <<del più elevato valore>>"¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Tali ultime conclusioni sono liberamente tratte da F. MODUGNO, *ult. op. cit.*, p. 14.

Tale impostazione rivela punti di contatto con le “teorie materiali” della Costituzione, tra le quali la più celebre è certamente quella enunciata da Costantino Mortati¹⁶⁵. Questi, com'è noto, si è posto il “problema” della materia costituzionale appunto allo scopo di ricercare se e in che modo si rendesse possibile operare una differenziazione tra le norme che entrano a comporre un testo costituzionale, così da attribuire ad alcune una posizione di primarietà e di supremazia per il fatto di riguardare la *materia tipica*, veramente propria della costituzione, in contrapposto alle altre, le quali, pur costituzionali sotto l'aspetto formale, non lo sono sotto quello sostanziale. Tradotta nella variante proposta da Augusto Barbera, la teoria della “costituzione materiale” è volta a distinguere la Costituzione e l'*ordinamento costituzionale materiale*, ricomprendendo in quest'ultimo le norme che danno <<identità>> ad un sistema, proprio perché legate ad un progetto ordinante - sotteso al testo costituzionale - nel quale non necessariamente rientrano tutte le norme della costituzione formale¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Si veda C. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, riprodotta nel volume “*Una e indivisibile*”, Milano, Giuffrè, 2007, ed. fuori commercio.

In estrema sintesi, s'intende per “costituzione materiale” <<il “nucleo duro” dei valori procedurali (giuridico-istituzionali) e sostanziali (politici, economici, etc.) che il potere costituente, composto dalle forze politiche dominanti, ha ritenuto caratterizzanti il regime costituito e che dunque, sotto forma di “principi giuridici”, risultano formalmente intangibili, pena il venir meno del regime stesso siccome indicato non solo nella lettera ma anche nello spirito della Costituzione>>. È questa la definizione di A. SPADARO, *Costituzione (dottrine generali)*, in S. CASSESE (dir. da), “Dizionario di diritto pubblico”, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1630 ss.

¹⁶⁶ A. BARBERA, *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, saggio introduttivo al testo di C. MORTATI, in “*Una e indivisibile*” cit., p. 11-12. L'autore aggiunge: “È una distinzione, in poche parole, analoga a quella che intercorre fra *Verfassung* e *Verfassungsgesetz* e tra *Constitution* e *Law of the Constitution*, rispettivamente in Schmitt e in Dicey (e che nel nostro linguaggio giuridico non possiamo utilizzare distinguendo fra ‘Costituzione’ e ‘legge costituzionale’ perché tali termini hanno assunto altro significato). È la distinzione che negli anni trenta consentì di dire che nonostante la permanenza dello Statuto Albertino era mutato l'ordinamento costituzionale, da liberale a fascista, e consente, oggi, di affermare che pur avendo la Svizzera adottato nel 1999 un nuovo testo costituzionale ha tuttavia mantenuto la continuità dell'ordinamento costituzionale. Da questo equivoco semantico discende il paradossale uso improprio della ‘costituzione materiale’ da parte di quella dottrina che l'ha accettata o rifiutata nel falso presupposto che essa contrapponga la descrizione del fatto alla prescrittività delle regole costituzionali

Seguendo il "consiglio" offerto da Mortati: "*il giurista non può considerare estranea al proprio compito l'indagine relativa alla costituzione non scritta, tenuto conto non solo della funzione che essa adempie, nel senso (...) di fonte e di garanzia, ma altresì del fatto che la medesima offre gli elementi necessari sia per interpretare ed integrare in modo unitario il sistema delle norme, e sia per identificare la forma dello Stato ed insieme stabilire i limiti entro i quali si rende possibile apportare modifiche alla costituzione, senza che ne riesca alterata la forma essenziale*"¹⁶⁷. Ne consegue che vi sono norme la cui eventuale abrogazione non eliminerebbe i pilastri su cui si regge l'edificio costituzionale¹⁶⁸.

È dunque seguendo e *rimodulando* questa storica distinzione che possiamo fondare la tesi dell'esistenza di un multilivello costituzionale, all'interno del quale si ravvisa la necessità di individuare la "sostanza" e mantenerla coerente con la sua stessa "forma". Ma *chi* stabilisce qual è la "materia" costituzionale?

Sotto questo profilo, si rinuncia all'idea tipicamente "mortatiana" che individua il punto di ancoraggio per la costruzione della materia costituzionale nei fini e valori attorno a cui si ordinano le *forze politiche egemoni* che alla Costituzione hanno dato vita. Nell'odierno sistema pluralistico, pare più opportuno aderire alle opinioni di coloro che ritengono che con il varo della Costituzione si sia *esaurita* la funzione costituente dei soggetti politici, per cui la Costituzione italiana non potrebbe "poggiare sulla volontà e sui fini politici fondamentali" di soggetti determinati – quali le forze politiche egemoni – in quanto essa deriva piuttosto la sua validità dal fatto di "incorporare taluni *assunti etici*

e che quindi possa giustificare la violazione di queste ultime, in particolare delle regole della Costituzione del 1948".

¹⁶⁷ C. MORTATI, *op. ult. cit.*

¹⁶⁸ A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali cit.*, p. 332.

socialmente condivisi come basilari e irrinunciabili”¹⁶⁹, propri di un sistema ormai globalizzato e multilivello nella protezione dei diritti. In questo modo si vuole tenere lontane dalla vita della Costituzione incisive forme di soggettività politica, valorizzando invece l’attività interpretativa dei giudici, ordinari e costituzionali. A parere di Omar Chessa non possono essere interpreti della Costituzione “le nuove forze politiche organizzate”, quale che sia il loro grado di lealtà e di adesione nei confronti della stessa. Possono esserlo soltanto i giudici costituzionali e il più ampio pluralismo <<reticolare>>. Dalla costituzione <<materiale>> si dovrebbe dunque transitare verso la prospettiva della costituzione <<vivente>>, soprattutto verso il testo costituzionale così come interpretato dalle Corti¹⁷⁰.

5. Interpretazione costituzionale e “ideologia della certezza”.

Fino a un certo punto, i valori si sono mossi sullo sfondo, come un flusso di entità ineffabili e dichiaratamente meta-giuridiche. Poi tutt’a un tratto, essi sono emersi, al punto che ormai non si vede come si possa escludere i valori dall’orizzonte giuridico, privilegiando essi fortemente un metodo interpretativo che sostituisce un approccio normativo-sostanziale a quello normativo-formale¹⁷¹. Ma per evitare di cadere in una vuota retorica, sembra opportuno considerare anche le preoccupazioni di

¹⁶⁹ Cfr. O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 258; così anche M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in “Quaderni costituzionali”, 1995, pp. 31 ss., ove l’autore afferma che i diritti possono affermarsi solo <<nel vuoto del potere politico>> perché se un soggetto politico occupa quell’area vengono <<necessariamente meno le premesse universalistiche>> dei diritti dell’uomo.

¹⁷⁰ Cfr. O. CHESSA, *Che cos’è la Costituzione? La vita del testo*, in “Quaderni costituzionali”, 2008, pp. 45-47.

¹⁷¹ Così, espressamente, A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori* cit., p. 654; il quale spiega come questo mutamento di approccio sia connesso alla “differente logica dello <<Stato costituzionale>> rispetto allo Stato <<legislativo-parlamentare>>”, la quale “può esprimersi in una opposizione. Mentre quest’ultimo è dominato dal principio della mera <<legalità>>, l’altro è strutturato secondo una <<doppia legalità>> – quella della Costituzione e quella della legge (ordinaria) – che risponde a due differenti forme di razionalità: la legalità è, essenzialmente, razionalità-rispetto-al-fine; la costituzionalità è, prima di tutto, razionalità-rispetto-ai-valori”.

coloro che temono un completo sganciamento dal testo e dalla struttura della Costituzione, o addirittura paventano il rischio di ciò che Nicolai Hartmann chiamava “*tirannia dei valori*”¹⁷². Si parta dal presupposto che i valori supremi sono stati immessi nell’ordinamento tramite i principi, che a loro volta sono costruibili a-partire-da gli enunciati della Costituzione. Questo assunto mette d’accordo tutti e difficilmente si riceveranno obiezioni. Il punto è che il carattere positivo – riprodotto da una norma, ma persino da un principio costituzionale – non esaurisce la gamma di contenuti assiologici che il valore è in grado di esplicitare. Inoltre, valori non formalmente inseriti nei testi costituzionali possono essere anch’essi utili ad alimentare l’attività interpretativa. Come nota Massimo Luciani, il valore mantiene sempre un dato di ineffabilità, tanto che “*non posso descriverlo posso solo pronunciarlo: eguaglianza, libertà, vita. Se tento di tradurlo in forme normative diventa principio. Il rapporto fra valore e principio è di sofferenza però. Se c’è il principio, già ho circoscritto il valore, l’ho definito*”. Diciamo dunque, con le parole di Antonio Ruggeri, che “i principi tendono verso i valori, allo stesso modo in cui i valori *orientano* l’intendimento dei principi, vale a dire la ricostruzione delle forme peculiari di cui si rivestono al momento della loro positivizzazione”¹⁷³.

Certamente assai delicato è il compito del giudice-interprete che continuamente si confronta con i principi-valori contemplati in Costituzione, se del caso bilanciandoli, in quanto richiede grande senso di responsabilità, equilibrio e ampio ricorso al canone della “*ragionevolezza*”. Ciò nonostante, privilegiare metodi interpretativi che sostengono “il primato dello spirito sulla lettera della legge”¹⁷⁴, non significa affatto

¹⁷² Cfr. N. HARTMANN, *Ethik*, Berlin und Leipzig, De Gruyter, 1926, pp. 524 ss., trad. it.: *Etica*, 3 tomi, Napoli, Guida, 1969-1972. Seguito da C. SCHMITT, *Die Tyrannie der Werte. Überlegungen eines Juristen zur Wert-Philosophie*, Stuttgart, 1960, pp. 16 ss., trad. it.: *La tirannia dei valori*, in “*Rass. dir. pub.*”, 1970, pp. 1 ss.

¹⁷³ A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza* cit., p. 551.

¹⁷⁴ F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale* cit.

rinunciare al dato positivo – i vincoli testuali sono insopprimibili – e neppure agevolare <<invenzioni>> ermeneutiche. Punto di partenza e di arrivo dell'intero processo interpretativo sarà sempre il *testo*, nel mezzo, però, vi sarà la considerazione attenta del caso concreto e la scelta della normativa più adeguata, eventualmente alla luce di un principio-valore¹⁷⁵. Difatti può ritenersi che tale processo si perfezioni solo nella sua <<contestualizzazione>>, alimentandosi contemporaneamente dal basso, ossia dal <<fatto>>, e dall'alto, cioè dai <<principi>> e <<valori>> fondanti l'ordinamento¹⁷⁶. Ciò che si intende fare è dare dunque vita ad una dimensione che preme fortemente sul testo, che resterebbe altrimenti latente, e che è difficilmente confutabile. Poiché, anche quando viene in considerazione l'elemento valutativo-assiologico, non si deve credere che l'interpretazione giuridica perda in credibilità e scientificità: *“Come sul terreno poetico sarebbe assurdo negare all'attività conoscitiva la capacità di conoscere la verità (...) così sul terreno pratico è parimenti assurdo assumere che il nostro senso morale sia impotente ad attingere valori etici oggettivi e costanti e brancoli nel buio perenne di una soggettività incomunicabile e sempre variabile”*¹⁷⁷.

Al fondo, si trova essenzialmente un problema di fiducia nella ragione e nella conoscenza umana, che nella prospettiva giuridica si traduce comprensibilmente in un problema di *certezza*, il quale porta inevitabilmente ad aggrapparsi a procedimenti rigidi, a regole, a schemi codificati e ripetibili, a prescindere dai contenuti, dai significati, dal mondo e dall'esperienza¹⁷⁸. Come se poi univocità, chiarezza, e cristallizzazione dei significati costituzionali avessero mai portato davvero a qualcosa di realisticamente univoco. Del resto *“l'ideologia della certezza*

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 62.

¹⁷⁶ A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza* cit., p. 553

¹⁷⁷ E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, (a cura di) G. CRIFÒ, Milano, Giuffrè, 1990.

¹⁷⁸ G. RAZZANO, *Principi fondamentali, supremi, essenziali, inviolabili* cit., p. 614.

(...) *si fonda precisamente sul pessimismo nei confronti dell'uomo concreto*¹⁷⁹. La certezza non è qualità ottenibile *solo* attraverso le norme e i complessi normativi, sempre inevitabilmente lacunosi e contraddittori; essa non può non risultare anche dal "diritto giurisprudenziale", per il suo carattere democratico, per la sua dialogicità e per la sua appartenenza al mondo del consentito e del verosimile¹⁸⁰. Ancora: *" Vista storicamente, la giurisprudenza non può non apparire come una grande e continua testimonianza, una vera e propria scuola, di argomentazione; come una severa arte del persuadere. E dovesse anche servire – al pari, in ogni caso, della filosofia e delle scienze umane – meno a raggiungere la verità assoluta che, semplicemente, appunto ad argomentare e a dialogare, resterebbe che la ricerca, l'argomentazione e il dialogo sono migliori, sono, precisamente, più ragionevoli della pigrizia, della scelta casuale o passionale o della reciproca sopraffazione"*¹⁸¹.

Con questo monito in mente, entriamo "nel vivo" dell'indagine.

¹⁷⁹ Scriveva così già circa un quarantennio fa L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* cit., p. 602.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 603.

¹⁸¹ L. LOMBARDI VALLAURI, *op. ult. cit.*, pp. 558-559.

CAPITOLO III

LE ANTINOMIE GENERATE DAGLI ARTICOLI 7 E 8 DELLA COSTITUZIONE

0. Una questione di principio.

Si è avuto ampiamente modo di constatare come l'applicazione dei principi-valori, specie di quelli "supremi", si sia essenzialmente limitata a indirizzare e giustificare le decisioni dei giudici. Per il loro tramite, la Corte è addivenuta anche al riconoscimento di *limiti* impliciti al potere di revisione costituzionale, dimostrando quindi la capacità di saper cogliere le nuove esigenze del mondo giuridico. Non resta che verificare se, ed in quale misura, il Supremo giudice abbia anche il coraggio di provocare delle vere e proprie svolte epocali, non solo in ambito giuridico, pure facendo ricorso agli strumenti che il nostro ordinamento offre. In altri termini, si intende qui dimostrare che il ruolo dei principi supremi possa essere ulteriormente valorizzato, al punto di considerare i principi stessi quali *motori di revisione costituzionale ermeneutica*, in grado di far emergere ancor di più *"la forza propulsiva e la tensione riformatrice del patto costituzionale"*¹⁸². Da qui si potranno prospettare gli opportuni adeguamenti del sistema giuridico, invocati dai repentini e profondi cambiamenti etico-sociali, per risolvere le antinomie e consentirci di rimanere *davvero* al passo coi tempi.

¹⁸² V. PUGLIESE, *Il principio di laicità nella giurisprudenza costituzionale*, in "Rivista Penale", n. 11/2006, p. 1170.

1. Il principio supremo di laicità.

Vi è stato un preciso momento in cui la Corte avrebbe potuto provocare un cambiamento radicale, eppure forse non se l'è sentita di arrivare fino in fondo. Con la sentenza n. 203 del 1989¹⁸³ la Corte Costituzionale giunge alla formulazione del supremo principio di laicità dello Stato, risultante dal combinato disposto degli artt. 2, 3 e 19 Cost., che concorrono con altri (artt. 7, 8 e 20 Cost.) a strutturare <<uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica>>¹⁸⁴. È nota la vicenda che ha stimolato la sentenza – incentrata sul tema della *discriminazione per motivi di religione* – trattandosi di giudicare della conformità a Costituzione delle norme del Concordato¹⁸⁵ nel dubbio che esse causassero discriminazione a danno degli studenti non avvalentisi dell'insegnamento di religione cattolica <<ove non potessero legittimare la previsione dell'insegnamento religioso come insegnamento meramente facoltativo>>¹⁸⁶. La Corte risolve la questione con sentenza interpretativa di rigetto, precisando che: <<Lo Stato è obbligato, in forza dell'Accordo con la Santa Sede, ad assicurare l'insegnamento di religione cattolica. Per gli studenti e per le loro famiglie esso è facoltativo: solo l'esercizio del diritto di avvalersene crea l'obbligo scolastico di frequentarlo. Ma per quanti decidano di non avvalersene l'alternativa è uno stato di non-obbligo. La previsione infatti di altro insegnamento obbligatorio verrebbe a costituire condizionamento per quella interrogazione della coscienza, che deve essere conservata attenta al suo unico oggetto: l'esercizio della libertà costituzionale di religione>>¹⁸⁷. Per quanto la

¹⁸³ In "Giur. cost.", I, 1989, p. 890 e ss.

¹⁸⁴ Punto n. 4 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 203/1989.

¹⁸⁵ Art. 9 punto 2 della l. 25 marzo 1985 n. 121 (Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede) e art. 5 lett. b) n. 2, suddetto Protocollo addizionale.

¹⁸⁶ Punto n. 1 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 203/1989.

¹⁸⁷ Punto n. 9, secondo e terzo capoverso, del *Considerato in diritto* della sentenza in esame.

Corte abbia ribadito, nella sua motivazione, che i principi supremi dell'ordinamento – fra cui quello di laicità dello Stato – prevalgono su qualunque norma, sia essa pattizia, legislativa o di rango costituzionale¹⁸⁸, è stato osservato come il Giudice costituzionale abbia evitato di trarre concrete implicazioni giuridiche dall'affermazione del principio stesso. Talune perplessità sono state incitate dal fatto che la Corte sembra aver creato un forte legame tra il principio supremo di laicità e l'articolo 7 Cost., così di fatto "ostacolando il processo di laicità delle istituzioni civili che le altre disposizioni costituzionali sembravano esigere con urgenza"¹⁸⁹. Oltre infatti ai principi costituzionali in tema di libertà e uguaglianza in materia religiosa, la Corte, nella sua argomentazione a favore della laicità¹⁹⁰, richiama anche i Patti Lateranensi ex art. 7, comma 2, Cost.; il che è stato giudicato inopportuno se l'intento era quello di favorire un clima giuridico nuovo, poiché si potrebbe interpretare la sentenza come un benestare della Corte al ritorno a un "*regime confessionista*"¹⁹¹. D'altro canto, pare arduo attribuire alla Corte una tale volontà faziosa, posto che essa stessa, una volta ricavato il principio da una pluralità di disposizioni costituzionali, l'ha reso "supremo", elevandolo quindi a uno dei pilastri portanti della forma di Stato italiana, e collegandolo, conseguentemente, ai valori della *democrazia* e del *pluralismo*¹⁹². In proposito, la Corte *rilegge* il valore formativo della cultura religiosa proprio in un'ottica di pluralismo, e ascrive i principi del

¹⁸⁸ Numeri 3 e 4 del *Considerato in diritto*: "Questa Corte ha statuito, e continuamente osservato, che i principi supremi dell'ordinamento costituzionale hanno una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale (...)".

¹⁸⁹ S. LARICCIA, *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, in M. TEDESCHI (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1996, pp. 143-96, p. 154.

¹⁹⁰ Punto n. 3, ultimo capoverso, e punto n. 4 primo e secondo capoverso del *Considerato in diritto* della sentenza n. 203/1989.

¹⁹¹ S. LARICCIA, *ult. op. cit.*

¹⁹² L. FORNI, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, Milano, Giuffrè Ed., pp. 230-231.

cattolicesimo al <<*al patrimonio storico del popolo italiano*>>; pertanto ritiene di dover mantenere l'insegnamento della religione nel quadro delle finalità della scuola in quanto non contrastante con l'*attitudine laica* dello Stato-comunità, il quale si pone <<*a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini*>>¹⁹³. E qui si può ipotizzare un'apertura della Corte nell'aver riconosciuto che il "*valore cultura religiosa*" sia espressione non di una sola fede o credenza religiosa, ma comprenda le varie sfaccettature del fenomeno religioso in uno spazio aperto a tutti i cittadini, cattolici e non. Inoltre, i <<*principi del cattolicesimo*>> – ricondotti come *species* al *genus* valore della cultura religiosa¹⁹⁴ – mantengono un ruolo importante nel contesto italiano, ma solo in quanto caratteri *storici* del nostro vissuto, tralasciando ogni riferimento a principi-valori trascendenti o assoluti. In altre parole, nonostante la religione mantenga un ruolo importante, essa non dovrebbe più assumere "la portata e il significato di un privilegiato strumento di trasmissione di valori eterni"¹⁹⁵.

Nella sentenza si specifica inoltre che la laicità <<*non implica indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni, ma rappresenta la garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale*>>¹⁹⁶. Il che dovrebbe tradursi logicamente

¹⁹³ Punto n. 7 del *Considerato in diritto* della sent. n. 203/1989.

¹⁹⁴ Al punto n. 7, secondo capoverso, del *Considerato in diritto*, si legge: "Il *genus* (<<valore della cultura religiosa>>) e la *species* (<<principi del cattolicesimo nel patrimonio storico del popolo italiano>>) concorrono a descrivere l'attitudine laica dello Stato-comunità, che risponde non a postulati ideologizzati ed astratti di estraneità, ostilità o confessione dello Stato-persona o dei suoi gruppi dirigenti, rispetto alla religione o ad un particolare credo, ma si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini".

¹⁹⁵ S. LARICCIA, *L'insegnamento della religione tra Concordato e legislazione unilaterale dello Stato*, in "Società civile, scuola laica e insegnamento della religione", Atti del Convegno nazionale di <<religione e scuola>> tenuto a Roma nei giorni 17-19 novembre 1982, p. 53.

¹⁹⁶ È stato detto che in questo modo la Corte avrebbe inteso affermare l'esistenza nel nostro ordinamento della c.d. *laicità positiva*, quella cioè della "*non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione (...)*", in luogo dell'altra accezione, quella della laicità-neutralità, considerata l'"espressione più propria della laicità", che comporta l'irrelevanza per lo Stato dei

nell'assunto che lo Stato laico non può creare situazioni di privilegio per una sola religione, ma tutelare il fenomeno religioso in maniera indiscriminata. Accanto a questo aspetto *garantista* "che impegna lo Stato a tutelare l'individuo da ogni imposizione o condizionamento giuridicamente rilevante in materia religiosa o di coscienza"¹⁹⁷, ve ne sarebbe uno *promozionale* col quale si dovrebbero confrontare "i pubblici poteri, nella misura in cui risultano interpellati da reali istanze o bisogni avvertiti dai cittadini"¹⁹⁸, seguendo la logica prospettata dalla Corte per cui lo Stato-comunità <<*accoglie e garantisce l'autodeterminazione dei cittadini (...)>>¹⁹⁹. In questi termini, "l'attuazione della laicità non si limita alla tutela delle libertà negative, ma richiede un intervento del legislatore, per promuovere le condizioni di una vera e libera partecipazione del cittadino e dei gruppi sociali alla produzione di valori culturali"²⁰⁰.*

L'uso del condizionale è d'obbligo, poiché resta da capire quali pratiche conseguenze siano state tratte dall'importante proclamazione del principio supremo di laicità, il quale appare, ingiustificatamente, un *grande assente*.

1.2 Nota a sentenza.

Con la sentenza sulla laicità la Corte costituzionale ha certamente assunto una presa di posizione di non poco conto sul piano giuridico-costituzionale, elevando <<la laicità dello Stato>> al rango di principio supremo che informa di sé il nostro ordinamento.

rapporti derivanti dalle convinzioni religiose dei suoi cittadini, nel senso di considerarli fatti privati, da affidare esclusivamente alla coscienza dei credenti. Così S. LARICCIA, *Le radici laiche dell'Europa*, in "Dir. famiglia", 2006 fasc. 1, pp. 251 ss.

¹⁹⁷ P. CAVANA, *Interpretazioni della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, Roma, AVE, 1998, pp. 256-257.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ Punto n. 8, quarto capoverso, del *Considerato in diritto* della sent. n. 203/1989.

²⁰⁰ P. CAVANA, *ult. op. cit.*, p. 261.

Ma che genere di laicità emerge dalla sentenza della Suprema corte? È davvero possibile qualificare il nostro Stato come “laico”?²⁰¹

La “nostra” strana laicità non ha impedito alla religione cattolica di assicurarsi un trattamento di favore che non appare giustificato proprio alla luce dei principi fondamentali della Carta costituzionale, *in primis*, dell’art. 8 Cost., il quale riconosce uguale libertà a tutte le confessioni religiose. Questo tenue principio di laicità²⁰² ha consentito allo Stato di accordarsi con la Chiesa per offrire l’insegnamento della religione cattolica nell’ambito della scuola pubblica – quando da uno Stato che sia veramente laico ci si aspetterebbe casomai l’insegnamento di “*storia delle religioni*” – avendo a mente le (sole) esigenze della comunità religiosa *quantitativamente* più consistente all’interno dello Stato stesso. Evidentemente è parsa del tutto trascurabile la questione in ordine al se sia o meno conveniente che questo servizio sia svolto da personale la cui ortodossia è controllata dai vertici cattolici, ma il cui costo gravi unicamente sulle casse dello Stato. Peraltro il *favor religionis*²⁰³ non si è

²⁰¹ Simili domande se le poneva anche DALLA TORRE G., *Laicità dello Stato: a proposito di una nozione giuridicamente inutile*, in ID., *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell’esperienza giuridica contemporanea*, Roma, Ed. Studium, 1992, pp. 35 ss., in particolare pp. 45 e 68. L’autore finiva per ritenere che “la laicità dello Stato (...) è nozione propria della filosofia della politica o della dottrina dello Stato, ma non è una nozione giuridica. Meglio: è una nozione giuridicamente *in-utile*, cioè non utile, mancando di quella univocità e chiarezza di significato che è presupposta dal rigore metodologico dell’indagine giuridica”.

²⁰² L’accezione “tenue” è giustificata dalle opinioni della dottrina, cfr. F. FINOCCHIARO, *La Repubblica italiana non è uno Stato laico*, in “Il diritto ecclesiastico”, 1997, I, pp. 11 ss., il quale sostiene che “la nostra Repubblica è certamente liberale, è certamente pluralista, ma è ben lontana dall’essere laica”. Cfr. anche M. TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, 1998, pag. 101, osserva come “la laicità nulla ha a che vedere con sistemi di tipo concordatario o con una tutela differenziata delle confessioni” e quindi il nostro ordinamento, “nonostante la pronuncia della Corte costituzionale, non [può] considerarsi uno Stato del tutto laico”, fino a ritenere che “nella nostra società, invece, si riscontra un confessionismo strisciante”.

²⁰³ G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 40, “con l’espressione *favor religionis* si intende fare riferimento al fatto che il Costituente ha voluto riservare una peculiare attenzione al fattore religioso, sia esso considerato sotto il profilo individuale che sotto quello collettivo, sia esso visto nella sua dimensione positiva che in quella negativa. Insomma il fattore religioso ha una particolare rilevanza sul piano

limitato a questo: si pensi al sistema dell'otto per mille, che attraverso la regola della destinazione tacita frutta alla Chiesa ingenti somme; al finanziamento della scuola privata, che pesa per un miliardo e mezzo di euro sul bilancio pubblico, benché l'art. 33 Cost. stabilisca che le scuole private non possono determinare oneri per lo Stato; alle agevolazioni fiscali, in particolare l'esenzione dall'ICI per le attività commerciali della Chiesa; agli effetti civili delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale, che travolgono le sentenze di separazione legale²⁰⁴. Il tutto come se la religione cattolica – per il fatto di essere professata dalla maggioranza dei cittadini – sia la sola degna di ricevere diretta e concreta tutela.

Il concetto di laicità enunciato dalla sentenza n. 203 del 1989 sembra corrispondere a un concetto "*cattolico e canonistico*"²⁰⁵, che da una parte configura uno Stato aconfessionale, ma dall'altra uno Stato che non rinuncia a intrattenere rapporti ambigui con la Santa Sede, essendosi obbligato a tener conto del rilievo attribuito al fattore religioso; il tutto, però, dovrebbe avvenire nei limiti in cui non si pregiudichino i diritti fondamentali di coloro che sono estranei a questa dimensione²⁰⁶. Ciò a meno che non si voglia sostenere l'assurda tesi della sospensione dei diritti fondamentali quando questi si scontrano con norme esterne all'ordinamento giuridico italiano²⁰⁷. Eventualità questa che la Corte ha espressamente escluso sia quando ha riconosciuto la vigenza, nel nostro ordinamento, di un nucleo di principi supremi che <<*non possono essere*

costituzionale perché il costituente, nella valutazione della molteplicità di situazioni soggettive (...) ha discrezionalmente ritenuto quelle qualificate nel senso religioso meritevoli di specifica tutela".

²⁰⁴ Questi privilegi li ricorda sinteticamente M. ANIS, *Legge sui rapporti con la Chiesa cattolica e le altre confessioni religiose*, in "Rassegna parlamentare", 2010 fasc. 1, pp. 263- 266, p. 264.

²⁰⁵ L. MUSSELLI, *Insegnamento della religione cattolica e tutela della libertà religiosa*, in "Giur. cost.", I, 1989 fasc. 4, p. 909.

²⁰⁶ Cfr. L. MUSSELLI, *op. ult. cit.*, p. 909; e ID., *Chiesa cattolica e Comunità politica*, Padova, 1975.

²⁰⁷ A. SACCOMANNO, nota alla decisione della Corte costituzionale n. 203/1989, in "Giur. cost.", 1989 fasc. 4, pp. 903-908, p. 907.

sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale>>²⁰⁸, sia quando ha subordinato le norme concordatarie <<*all'accertamento della loro conformità ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale*>>²⁰⁹. Ma va segnalato che nonostante la Corte abbia avuto modo, negli ultimi vent'anni, di consolidare il proprio indirizzo sul tema della laicità, essa non ha utilizzato il "supremo principio" sempre in maniera coerente, così probabilmente contribuendo alla realizzazione di un "quadro di parziale e pigra attivazione delle potenzialità innovatrici, dinamiche, del principio di laicità"²¹⁰. Si ricordi, ad esempio, che la sentenza n. 329 del 1997²¹¹ ha specificato che il <<*principio costituzionale di laicità o non confessionalità dello Stato (...) non significa indifferenza di fronte all'esperienza religiosa ma comporta equidistanza e imparzialità della legislazione rispetto a tutte le confessioni religiose*>>, sottolineando, nella successiva sentenza n. 508 del 2000²¹², come <<*tale posizione di equidistanza e imparzialità è il riflesso del principio di laicità che la Corte costituzionale ha tratto dal sistema delle norme costituzionali, un principio che assurge al rango di principio supremo, caratterizzando in senso pluralistico la forma del nostro Stato, entro il quale hanno da convivere, in uguaglianza di libertà, fedi, culture e tradizioni diverse*>>. Se apprezzabilissime appaiono le parole della Corte, esse non sembrano essere state percepite nel modo corretto. Specie l'atteggiamento di neutralità e imparzialità non pare proprio caratterizzare l'attività dello Stato, il quale opera invece in

²⁰⁸ Sent. n. 1146 del 1988, in "Giur. cost.", 1988.

²⁰⁹ Per citarne alcune, v. sentt. n. 30 del 1971, n. 175 del 1973, n. 18 del 1982.

²¹⁰ L. FORNI, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani* cit., pp. 258-259.

²¹¹ La quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 404 (*Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di cose*), co. 1, c.p. nella parte in cui prevedeva la pena della reclusione da 1 a 3 anni per <<chiunque, in un luogo destinato al culto, o in un luogo pubblico o aperto al pubblico, offende la religione di Stato mediante vilipendio di cose che formino oggetto di culto, o siano consacrate al culto, o siano destinate necessariamente all'esercizio del culto>>, a differenza dell'art. 406 c.p. che per il medesimo fatto commesso contro un <<culto ammesso nello Stato>> stabiliva <<la pena diminuita>>. Tale diversità di pena violava gli artt. 3, co. 1, e 8, co. 1, della Costituzione.

²¹² In "Giur. cost.", 2000, p. 3965, ove la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 402 c.p. (*Vilipendio della religione dello Stato*), in relazione agli artt. 3 e 8 Cost.

maniera del tutto asimmetrica nei riguardi della Chiesa cattolica, rispetto alle altre confessioni non cattoliche. In sostanza, la potenzialità prescrittiva del principio di laicità non è stata colta neppure dai pubblici poteri²¹³, nel senso che non ha prodotto le desiderate modifiche per almeno ridurre la diversità di trattamento giuridico esistente tra Chiesa e chiese.

Basti quanto detto per mettere in discussione, proprio sotto il profilo della costituzionalità, la stessa grande Intesa fra Stato e Chiesa, e in particolare gli strumenti normativi utilizzati per renderla efficace, dato che “quell’interpretazione del Concordato come di un complesso normativo che resiste formalmente alla Costituzione italiana, oltre che discutibile nel merito, è francamente anacronistica”²¹⁴. In primo luogo, per la situazione di sostanziale privilegio che le norme concordatarie hanno creato e che non è plausibile alla luce del pluralismo religioso, dell’eguaglianza e della libertà (anche negativa!) di professare qualsiasi religione. In secondo luogo perché materie di estrema delicatezza, incidenti sulle garanzie costituzionali di libertà, non possono sopportare gravi disparità di trattamento – il riferimento è al regime differenziato costituito da Concordato e intese – a nulla valendo le coperture formali offerte dagli artt. 7 e 8 Cost. in presenza di differenziazioni irragionevoli²¹⁵, pena la

²¹³ In proposito L. GUERZONI, *Considerazioni critiche sul “principio supremo” di laicità dello Stato alla luce dell’esperienza giuridica contemporanea*, in “Il diritto ecclesiastico”, 1992, I, p. 87, osserva che nonostante il principio di laicità trovi nella disciplina statuale del fenomeno religioso il suo campo genetico, per ciò che attiene gli istituti e le norme di diritto positivo, e quindi il banco di prova per eccellenza della sua reale operatività, la più rilevante aporia sta <<nel fatto che proprio nella legislazione positivamente volta a disciplinare il fenomeno religioso, non è quasi mai dato d’incontrare un riferimento *esplicito* al principio di laicità. E ciò, non soltanto per le fonti della legislazione ordinaria, ma anche per l’enunciazione dei principi costituzionali espressamente intesi a definire vuoi l’attitudine dello Stato rispetto al fenomeno religioso, vuoi le libertà e i diritti fondamentali dei cittadini e dei gruppi in tema di religione e di interessi religiosi>>.

²¹⁴ C. CARDIA, *Il sistema pattizio alla prova: riforma dei patti lateranensi e stipulazione delle prime <<intese>>*, in “Politica del diritto”, 1996, n. 1, pp. 67-71, p. 69.

²¹⁵ V. ONIDA, *La ricognizione dei principi costituzionali in materia di religione*, in AA. VV., *Studi per la sistemazione delle fonti in materia ecclesiastica*, (a cura di) V. Tozzi, Salerno, 1993, p. 50.

violazione del principio *super-supremo* del rispetto della persona umana (principio personalistico). Perché è proprio alla luce di tale valore supremo che si deve procedere nell'interpretazione sistematica della Costituzione, data l'indiscutibile preminenza logica e assiologica tanto dell'art. 2 Cost., quanto dell'art. 3 Cost. (principio di eguaglianza e non discriminazione), che insieme rappresentano le basi fondanti del nostro intero edificio costituzionale.

2. I dinosauri in estinzione: gli articoli 7 e 8 della Costituzione.

Ci si ponga delle semplici domande: ha senso, nel contesto plurale della società odierna, a fronte della varietà di contenuti che può assumere il "valore della cultura religiosa", mantenere gli articoli 7 e 8 della Costituzione? Ha senso giustificare la loro permanenza e coerenza con l'attuale assetto democratico nonostante le evidenti antinomie di cui sono "portatori sani"? Ma soprattutto, quali vie è possibile percorrere per superare l'aporìa?

Procediamo con ordine.

2.1 La madre delle antinomie: l'art. 7 Cost.

Dall'articolo 7 Cost.²¹⁶ discende in prima battuta il *principio della distinzione degli ordini*, il quale implica, teoricamente, che il fenomeno religioso venga considerato, nella sua dimensione sia individuale che collettiva, un fatto sostanzialmente *estraneo* all'ordine dello Stato²¹⁷. L'impressione è che si tratti invece di un caso di "*amnesia giuridica*"²¹⁸,

²¹⁶ Art. 7, co. 1, Cost: <<Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani>>.

²¹⁷ Si noti subito l'interpretazione *super-estensiva* o, se vogliamo, *analogica* che la dottrina quasi unanime ha applicato nei confronti dell'art. 7, com. 1, Cost. Difatti si fa discendere la regola dell' *estraneità* dello Stato nei confronti del *fenomeno religioso* per intero da un articolo che, in realtà, si riferisce espressamente solo alla Chiesa cattolica, come se quest'ultima inglobasse in sé tutto lo "spirituale".

²¹⁸ Cfr. C. CARDIA, *L'art. 6 del Trattato del Laterano. Un caso di amnesia giuridica*, in "Dir. eccl.", 1997, I, pp. 25 ss.

poiché in mancanza di una chiara esplicitazione di cosa s'intenda per "ordine proprio dello Stato" e "ordine proprio della Chiesa" tale disposizione rimane lettera morta, ed è inevitabile che sorgano serie complicazioni nel momento in cui ci si appresta ad individuarne la portata e i limiti²¹⁹. E in effetti si può già porre una prima questione, ossia che se gli "ordini" sono veramente distinti, lo Stato non ha e non deve avere un interesse pubblico al fatto che un cittadino preferisca una fede piuttosto che un'altra, o una fede piuttosto che nessuna; quindi non si comprende per quale motivo prevedere per la materia religiosa un regime giuridico diverso da quello riservato, ad esempio, alle altre manifestazioni culturali, che pure concorrono al pieno sviluppo di ciascuna persona umana²²⁰.

²¹⁹ L'interpretazione dell'art. 7 Cost. ha sollevato notevoli difficoltà in dottrina. In un primo periodo la disposizione in esso contemplata è stata considerata «una dichiarazione astratta di principio, priva di un vero contenuto concreto e di risultati effettivi per quanto attiene la determinazione pratica della sfera di autonomia della Chiesa cattolica nello svolgimento di una sua attività giuridica all'interno dell'ordinamento italiano» (d'Avack 1960, p. 950). Altri hanno invece precisato, sulla base di una interpretazione sistematica del primo e del secondo comma dell'articolo, che per chiarire il significato dell'espressione «ordine» dello Stato e della Chiesa occorre riferirsi al contenuto dei Patti Lateranensi, i quali forniscono la "misura costituzionale" di ciò che lo Stato ha riconosciuto essere ordine della Chiesa cattolica (Gismondi 1975, p. 64; Petroncelli 1977, p. 34). Tale ultima tesi è stata variamente criticata (Catalano 1974, p. 20). La dottrina prevalente ha sostenuto che il riconoscimento della «sovranità» e «indipendenza» della Chiesa cattolica nell'ordine che le è proprio non comporta un arretramento della sovranità statale, essendo necessario distinguere il profilo «statualistico» da quello «canonistico» e considerare estranee all'ordine dello Stato quelle attività promananti dai fedeli cattolici che si esauriscono in una sfera di interessi che lo Stato non sottopone a proprie valutazioni giuridiche dirette in quanto rientranti in un ambito che non è di sua competenza. In dettaglio v. S. LARICCIA, *I capisaldi del dibattito dottrinale sugli articoli 7 e 8 della Costituzione* cit., pp. 29-47.

²²⁰ L. LOMBARDI VALLAURI, *Intervento per l'audizione in Parlamento sulle proposte di legge Spini e Boato in materia di libertà religiosa*, in Indagine conoscitiva - Resoconto stenografico, Commissione I - Affari costituzionali, della Presidenza del consiglio e Interni, seduta dell' 11 gennaio 2007 presieduta da Luciano Violante, pp. 27 ss.

Va detto che il Prof. Lombardi Vallauri non ritiene che l' "indifferenza statale" verso il fenomeno religioso discenda direttamente dalla formulazione dell'art. 7, co. 1, Cost., in quanto questo si riferisce unicamente alla Chiesa cattolica.

Secondo alcuni²²¹, l'idea della separazione fra potere politico e potere religioso avrebbe trovato forma nella Costituzione al primo comma dell'art. 7, al punto che per tale motivo potrebbe essere definito addirittura il "*manifesto laico dello Stato italiano*"²²². Ciò si ricaverebbe sottoponendo l'articolo ad una interpretazione letterale, che al termine "*indipendenza*" attribuisca il significato di "*reciproca incompetenza*" dello Stato e della Chiesa, traducendosi infine in un dovere di mutua astensione dall'interferire nei rispettivi ordinamenti. Da qui discenderebbe il separatismo come regola dei rapporti religiosi; da qui si ricaverebbe il tratto innovativo del primo comma dell'art. 7 che varrebbe a erigerlo manifesto laico dello Stato italiano²²³. Ma a dire il vero questa lettura non convince perché non è realistica, e se certamente se ne possono accogliere gli intenti, dal momento che pure la Corte costituzionale si è espressa nel senso che la <<*distinzione degli ordini distinti caratterizza nell'essenziale il fondamentale o supremo principio di laicità o non confessionalità dello stato*>>²²⁴, da qui a ritenere che tale essenza sia contenuta ancora nel primo comma dell'articolo 7 pare una forzatura.

In primo luogo perché ci si dimentica di considerare gli altri principi costituzionali a cui pure il principio di laicità è stato "costituzionalmente agganciato", a riprova del fatto che il suo contenuto non è riducibile a una sola norma, e che tutt'al più il *decisum* della sentenza n. 203 del 1989 potrebbe ritenersi fondato alla stregua, necessaria e sufficiente, dell'art. 19

²²¹ Cfr. per tutti, M. AINIS, *Laicità e confessioni religiose*, in "Rassegna parlamentare", 2008 fasc. 1, pp. 15-51, pp. 35-36; e in un certo senso anche N. COLAIANNI, *Laicità e prevalenza delle fonti di diritto unilaterale sugli accordi con la Chiesa cattolica* cit., pp. 181-225.

²²² M. AINIS, *Laicità e confessioni religiose* cit., p. 35.

²²³ In questo senso si potrebbero forse risolvere le perplessità di chi, nella sentenza n. 203 del 1989, aveva giudicato inopportuno il richiamo della Consulta all'art. 7, perché *può darsi* che sia stata proprio questa particolare lettura a giustificare il coinvolgimento di tale articolo nella composizione dell' "aggancio costituzionale" del principio supremo di laicità.

²²⁴ Sent. n. 334/1996, punto 3.2 del *Considerato in diritto*.

Cost. sulla *libertà di coscienza*²²⁵, in aggiunta agli onnipresenti artt. 2 e 3 Cost.²²⁶.

Secondariamente, perché il significato dell'art. 7, comma 1, con il riferimento ai caratteri dell'*indipendenza* e *sovranità*, sembrerebbe più avere a che fare con questioni di diritto internazionale²²⁷. "Indipendenza" e "sovranità" sono, in effetti, nozioni tipicamente statuali che, presupponendo l'elemento della territorialità, mal si conciliano in

²²⁵ Ciò che era stato già rilevato da F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, Zanichelli, pp. 114 ss.

²²⁶ Come confermato nella sent. 203/1989 e ampiamente spiegato da N. COLAIANNI, *La fine del confessionismo e la laicità dello Stato (il ruolo della Corte costituzionale e della dottrina)*, in "Politica del diritto", 2009, n. 1, pp. 45-91, p. 56.

²²⁷ In tale direzione si era inizialmente orientato pure il dibattito in Assemblea Costituente, incentrato sulle proposte degli onorevoli Tupini, Togliatti e Dossetti.

A parere di quest'ultimo, il tema dei rapporti con la Chiesa cattolica si sarebbe dovuto inserire nell'ambito di una generale qualificazione dei rapporti internazionali nei seguenti termini:

<<Lo Stato si riconosce membro della comunità internazionale e riconosce perciò come originari l'ordinamento giuridico internazionale, gli ordinamenti giuridici degli altri Stati e l'ordinamento della Chiesa>>.

Gli fu contestato immediatamente, in particolare dal deputato Cevolotto, che l'affermazione del riconoscimento degli altri Stati come ordinamenti giuridici originari, fosse prevista unicamente per arrivare al riconoscimento della originarietà dell'ordinamento giuridico della Chiesa, non come Città del Vaticano, ma proprio come Chiesa. Secondo Cevolotto, invece, tutto quanto attiene alla Chiesa avrebbe dovuto essere regolato mediante concordati, senza bisogno di uno speciale riconoscimento costituzionale; tanto meno doveva essere riconosciuto l'ordinamento della Chiesa, ritenendo che non fosse materia di Costituzione (v. sedute del 21 novembre e del 4 dicembre 1946, I sottocommissione).

Seguì la proposta avanzata dall'onorevole Togliatti e da altri Commissari, in sostituzione di quella dell'on. Dossetti:

<<Lo Stato è indipendente e sovrano nei confronti di ogni organizzazione religiosa od ecclesiastica. Lo Stato riconosce la sovranità della Chiesa cattolica nei limiti dell'ordinamento giuridico della Chiesa stessa. I rapporti tra Stato e Chiesa cattolica sono regolati in termini concordatari>> (seduta del 5 dicembre 1946, I sottocommissione).

Nella medesima seduta il Presidente Tupini dava comunicazione dei seguenti articoli da lui preparati:

<<Art. 1. Le norme di diritto internazionale fanno parte dell'ordinamento della Repubblica. Le leggi della repubblica non possono contraddirvi. Art. 2. La Repubblica riconosce la sovranità della Chiesa cattolica nella sfera dell'ordinamento giuridico di essa. Art. 3. I Patti lateranensi, trattato e concordato, attualmente in vigore sono riconosciuti come base dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica>>.

Il risultato ottenuto (l'attuale art. 7 Cost.) scaturisce dalla difficile composizione delle suddette proposte. Si rimanda per i dovuti approfondimenti al vivace e contrastato dibattito tenutosi in Assemblea Costituente, di cui è possibile leggere una compiuta sintesi sul sito www.nascitacostituzione.it a cura di Fabrizio Calzaretti.

riferimento all'ordinamento canonico e alle sue relazioni con l'ordinamento statale²²⁸. Ciononostante furono adottate, e stupisce come nell'ambito dei discorsi alla Costituente si chiarì che la sovranità di cui trattasi fosse riferita alla Chiesa nell'ordine proprio, e non – come sarebbe stato forse più plausibile – all'ordinamento della Città del Vaticano, vero ordinamento statale²²⁹. La stessa scelta di ricorrere al termine "ordine" piuttosto che "ordinamento" non pare priva di significato, poiché se per quest'ultimo si intende "sia un complesso di principi e di norme giuridiche di carattere unitario organicamente ordinate in sistema (teoria normativa), sia l'organizzazione istituzionale del corpo sociale o dell'ente politico (teoria istituzionale)"; il termine "ordine" invece non "fa riferimento soltanto al profilo formale dell'istituzione considerata, ma si riferisce, piuttosto, all'essenza del soggetto in questione, al suo *profilo sostantivo e sostanziale*"²³⁰. Si volle dunque riconoscere alla Chiesa, proprio in quanto entità spirituale e in ragione della specialità del mondo in cui opera, una *summa potestas* che si esprime come capacità di organizzare una determinata realtà sociale le cui finalità non rientrano tra quelle dello Stato²³¹.

Ma c'era davvero bisogno di una norma di tale tenore? La scelta dei Costituenti appare abbastanza grave, se si considera che è stata posta in uno Stato che da una parte rifiuta il carattere confessionale e afferma il

²²⁸ V. CRISAFULLI, *Lezioni*, I, 1970, p. 80, citato da A. GUAZZAROTTI, *art. 8*, in S. BARTOLE – R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, 2° ed., Padova, CEDAM, 2008, p. 60.

²²⁹ Ancora l'on. Dossetti: «<(…) la dottrina giuspubblicistica moderna è oggi unanime nel riconoscere che la Chiesa cattolica (badi bene l'on. Crispo, non la Città del Vaticano, che è il nucleo territoriale in cui hanno sede gli organi centrali della Chiesa, ma la Chiesa cattolica in quanto società *universale e spirituale*) ha una sfera propria in cui essa opera per la prosecuzione dei suoi fini spirituali e religiosi; una sua autosufficienza di mezzi e di strutture organizzative; una sua consolidazione storica; e perciò una propria giustificazione come ordinamento giuridico, che non deriva da nessun altro>>. I discorsi di Dossetti alla Costituente sono raccolti nel volume *La ricerca costituente 1945-1952*, a cura di A. MELLONI, Bologna, 1994, pp. 270-273.

²³⁰ P. LILLO, *I confini dell'ordine confessionale nella giurisprudenza costituzionale*, in G. DALLA TORRE - P. LILLO, *Sovranità della Chiesa e giurisdizione dello Stato* cit., p. 481.

²³¹ Cfr. G. DALLA TORRE, *Introduzione*, in ID. – P. LILLO, *op. ult. cit.*, p. 9.

principio di eguaglianza, mentre dall'altra riconosce alla confessione di maggioranza una posizione di sovranità originaria e di legittimazione eterna²³².

Come si stabilisce poi il confine dei rispettivi ordini?²³³ Il passo verso devianti invasioni di campo è stato breve, tant'è che si è dovuto ricorrere alla categoria dei principi supremi per arginare indebite ingerenze dell'ordinamento concordatario nel nostro ordinamento²³⁴.

Detto questo, la particolare lettura del primo comma dell'art. 7 come norma di per sé esprime il principio supremo di laicità, lascia il tempo che trova, dal momento che tale disposizione ha generato effetti opposti a quelli auspicati²³⁵, e soprattutto, riceve immediatamente deroga nel secondo comma dello stesso articolo 7.

²³² Osservò L. MUSSELLI, *Chiesa e Stato dalla resistenza alla costituente*, Giappichelli, 1990, pag. 99, <<i>i cattolici (...) erano riusciti a far sancire in un testo costituzionale quanto non avrebbero mai osato sperare dal vecchio Stato liberale o da quello fascista: il riconoscimento della parità ed indipendenza della Chiesa come ordinamento giuridico di fronte allo Stato<>>.

²³³ Cfr. S. LARICCIA, *I capisaldi del dibattito dottrinale sugli articoli 7 e 8 cit.*, p. 34, il quale sembra riconoscere allo Stato la c.d. <<competenza delle competenze>> ritenendo che per determinare gli interessi e i rapporti compresi nei rispettivi ordini si dovrà necessariamente procedere all'esame delle norme di diritto positivo statale, giacché <<è sempre e soltanto dalla discrezionalità sovrana dello Stato che continuerà a dipendere la determinazione concreta dell'ambito e limiti effettivi della *libertas ecclesiae catholicae* nel suo ordinamento, nel senso che a questo soltanto continuerà pur sempre a spettare l'insindacabile diritto di giudicare e di stabilire nei singoli casi concreti se una data materia o istituto si debba far rientrare nell'ordine proprio statale e ritenere come tale soggetto alla potestà disciplinare d'imperio del medesimo, o se viceversa vada classificato fra i rapporti dell'ordine proprio canonico>> (d'Avack 1960, p. 951; Del Giudice 1964, p. 51).

²³⁴ Il riferimento è alla sent. n. 30/1971 cit., ove la Corte ha affermato che il riconoscimento di cui all'art. 7 Cost. che accorda <<allo Stato e alla Chiesa cattolica una posizione reciproca di indipendenza e di sovranità, non può avere la forza di negare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato>>.

²³⁵ Si riportano le parole dell'on. Dossetti in sede di approvazione dell'articolo 7: <<Qui, onorevoli colleghi, nel riconoscimento della necessità di una disciplina bilaterale delle materie di comune interesse, è la vera separazione fra Chiesa e Stato, la vera indipendenza reciproca, la vera laicità, la vera libertà di coscienza>> (Seduta del 21 marzo 1947 in *Assemblea costituente* cit.). A parere di chi scrive, si potrebbe dire che l'articolo 7, co. 1, sia più un "manifesto di speranze" che di "laicità".

Il comma 2 della norma in commento²³⁶ sancisce il *principio concordatario o pattizio*²³⁷, il quale implica la necessità che i due ordinamenti regolino i loro rapporti di comune accordo²³⁸. Fin qui nulla da eccepire. Se non fosse che l'espressa menzione nell'ambito della Carta dei Patti Lateranensi ha prodotto una sorta di "effetto di trascinamento"²³⁹ sulle altre disposizioni costituzionali in materia religiosa, che non ha certo contribuito ad avallare un'idea laica dello Stato italiano. Fin dall'entrata in vigore della Carta, la dottrina è stata assorbita da numerose problematiche in relazione a tale recepimento; le posizioni erano assai differenti e oscillavano tra il rigetto di accordi risalenti all'età del fascismo, l'accoglimento del solo principio pattizio come regolatore dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa, il semplice richiamo di quei Patti storicamente individuati, la portata della "copertura costituzionale" ad essi accordata, sino alla tesi della costituzionalizzazione di tutte le norme pattizie²⁴⁰.

²³⁶ Art. 7, comma 2: "I loro rapporti [tra Stato e Chiesa Cattolica] sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale".

²³⁷ La duttilità semantica della voce <<principio pattizio>>, così come del <<principio concordatario>>, si è prestata a molti intendimenti. In questa sede i due termini vengono utilizzati come sinonimi. Per approfondire rimando a S. BERLINGO, *Il principio <<pattizio>>: una garanzia costituzionale <<forte>> per i rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose*, in "Politica del diritto", 1/1996, pp. 49-65.

²³⁸ Il raggiungimento di tale convinzione non è stato affatto agevole ed è tutt'ora controverso, cfr. G. DALLA TORRE, *Introduzione cit.*, p. 2.

²³⁹ M. AINIS, *Laicità e confessioni religiose cit.*, p. 25.

²⁴⁰ Non si vede come si sia potuti giungere a tale ultima tesi, dal momento che già in Assemblea Costituente gli interventi erano stati molto chiari sul punto. Si legga ad esempio gli interventi di S. JACINI, seduta del 14 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Roma, 1970, Vol. I, p. 421: <<Tutto quello che vi ho detto non significa affatto che ogni singola disposizione del Concordato venga, nemmeno per trasparenza, come diceva l'on. Calamandrei, incorporata e fatta propria dalla Costituzione>>; e di G. DOSSETTI, *ivi*, Vol. I, p. 553-554: << (...) non è affatto vero che con questo comma si vogliano incorporare, incuneare, inserire, costituzionalizzare le norme del Trattato e del Concordato (...) Queste norme non entrano affatto nella Costituzione (...) Ed è tanto vero che le norme contenute nel Trattato e nel Concordato non vengono costituzionalizzate, restano cioè sul piano in cui si trovano ora di norme puramente di legge e non di norme costituzionali, che esse potranno essere modificate (rispettato l'iter dell'accordo con la Chiesa) senza il procedimento di revisione costituzionale, come dice appunto l'ultima parte di questo secondo comma dell'articolo (...)>>.

Come spesso accade, un valido aiuto verso il raggiungimento di posizioni condivise si deve alla giurisprudenza costituzionale, che a partire dalla sentenza n. 30 del 1971, ha cominciato a fissare taluni punti fermi nell'interpretazione della disposizione. Così la Suprema Corte, dopo aver affermato la propria competenza nel sottoporre a sindacato di costituzionalità le norme di derivazione pattizia, ha stabilito che esse non possono avere "*forza di negare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato*"²⁴¹. Da ciò la dottrina ha dedotto l'ulteriore corollario per cui il principio concordatario, se può considerarsi il principio generale dei rapporti tra i due ordini, non si presta ad essere considerato esso stesso, sotto nessun profilo, un principio supremo.

D'altra parte, la circostanza ammessa in Costituzione secondo cui: <<*Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale*>>, implica che se essi possono certamente essere modificati con legge ordinaria successiva in caso di accordo fra le parti, ragionando *a contrario*, ci si può spingere al punto di risolvere positivamente anche il problema relativo all'ammissibilità di modifiche particolari – *rectius*: di abrogazioni – *unilaterali* disposte dallo Stato sugli accordi con la Chiesa cattolica; queste sì, attraverso la procedura aggravata di revisione costituzionale prevista all'art. 138 della Costituzione²⁴². Altra dottrina prende in considerazione i Patti (e gli altri accordi) quali atti di diritto internazionale, e ipotizza che lo Stato potrebbe denunciare unilateralmente il Concordato – nonché disapplicare il Trattato

Sul tema in generale la bibliografia è vastissima, mi limito a rinviare alla nota n. 15 del testo di P.F. GROSSI, *Brevi riflessioni sull'art. 7 della Costituzione*, in G. DALLA TORRE – P. LILLO, *Sovranità della Chiesa e giurisdizione dello Stato* cit., p. 26.

²⁴¹ Cfr. sentt. 31/1971; 12/1972; 195/1972; 175/1973; 16/1978; 16/1982; 18/1982.

²⁴² Ritengono che con revisione costituzionale si possa modificare singole disposizioni del sistema pattizio: FINOCCHIARO, *Comm. Branca*, pp. 364 ss.; CUOCOLO, *Istituzioni*, pp. 98 ss.; ammette la sola abrogazione della disciplina statale vigente in esecuzione del concordato con procedura costituzionale: RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, p. 591.

- per effetto dell'applicazione della clausola di diritto internazionale generale *rebus sic stantibus*²⁴³. "D'altra parte" - ha scritto in proposito Paolo Barile - "che i Patti Lateranensi siano stati conclusi in circostanze profondamente diverse da quelle attuali, e che siano stati anche richiamati nella Costituzione dal Costituente in circostanze diverse da quelle attuali, questo credo non si possa revocare in dubbio"²⁴⁴.

In sostanza, l'intangibilità *relativa* delle norme di derivazione pattizia (nel senso che non possono essere modificate dal legislatore ordinario in mancanza di accordo con la Santa Sede) non implica che esse siano state costituzionalizzate e neppure che possano derogare a norme della Costituzione, dovendo ritenersi contraddittorio e perciò inammissibile che questa abbia consentito di venire tacitamente derogata da norme da essa stessa richiamate²⁴⁵. Ne deriva che è dunque il testo della Costituzione per intero – norme, disposizioni, principi costituzionali – che deve costituire il parametro rispetto al quale esercitare il controllo circa la costituzionalità delle norme che hanno immesso nell'ordinamento interno le clausole dei Patti Lateranensi²⁴⁶.

²⁴³ Cfr. per tutti P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 222.

²⁴⁴ ID., *Considerazioni conclusive sulla proposta Basso alla luce delle risultanze del dibattito*, A.A. V.V., "Individuo, gruppi, confessioni religiose nello stato democratico" cit., pp. 1335 ss., p. 1337.

²⁴⁵ Come ha osservato C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e <<altre>> leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, III, Milano, Giuffrè, 1963, p. 215, è inammissibile che <<la nostra costituzione abbia potuto stabilire la permanenza in vigore delle disposizioni dei Patti contrarie al testo della Costituzione nell'atto stesso in cui stabilisce che le disposizioni dei Patti cessino di aver vigore se contrarie a disposizioni del testo della Costituzione, se ed in quanto revisionato>>.

²⁴⁶ S. LARICCIA, *I capisaldi del dibattito dottrinale sugli articoli 7 e 8 Cost.* cit., p. 41. V. sul punto anche le opinioni di F. MODUGNO, *Sulla posizione costituzionale dei Patti lateranensi*, in "Studi per la revisione del Concordato", Padova, Cedam, 1970, p. 104; C. CARDIA, *La riforma del Concordato. Dal confessionismo alla laicità dello Stato*, Torino, Einaudi, 1980; F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, IV ed., Bologna, Zanichelli, 1995, p. 114.

2.2 La norma inoperante: l'art. 8 Cost.

Il principio bilaterale è stato scelto come soluzione organizzativa comune, sia verso la Chiesa cattolica, sia verso le altre confessioni religiose²⁴⁷. Difatti all'art. 8, comma 3, Cost. si legge che i rapporti fra lo Stato e i culti acattolici <<*sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze*>>. Tuttavia, la parità di disciplina legislativa in materia è ancora lungi dall'essere garantita, se si considera che nel nostro ordinamento prospera un sistema variegato che pone al vertice la Chiesa cattolica, seguono le confessioni dotate di intesa²⁴⁸, poi quelle riconosciute ai sensi della legislazione sui "culti ammessi" del 1929, e infine le confessioni senza né intesa, né riconoscimento giuridico.

Teoricamente, una volta che una confessione religiosa si presenti organizzata secondo uno statuto che non contrasti con l'ordinamento giuridico statale, lo Stato, su richiesta, ha l'obbligo di procedere alla formazione dell'intesa con la confessione medesima. Peraltro, questo "diritto all'intesa"²⁴⁹ ha generato, nella prassi, varie distorsioni; in primo luogo per le difficoltà che lo Stato incontra nel definire *cosa* sia una "confessione religiosa", ma soprattutto perché mancano effettivi rimedi

²⁴⁷ Divenuta chiara l'inserzione dei Patti nella nuova Costituzione, il Pci cercò in qualche modo di limitare l'impatto delle norme che favoriscono la Chiesa cattolica con norme che elevassero lo *status* delle altre confessioni. L'intento era quello di creare una sorta di libertà "collettiva" di religione. In altre parole, si pensava che con l'estensione dei <<termini concordatari>> a tutte le religioni, i Patti Lateranensi non sarebbero più apparsi come un esorbitante privilegio, ma solo l'applicazione un po' speciale di quel principio alla Chiesa cattolica. Più ampiamente G. LONG, *I capisaldi del dibattito alla Costituente*, in "Politica del diritto", 1996, n. 1, pp. 19-28, p. 20.

²⁴⁸ Fin qui sono state stipulate 12 intese, ma la metà rimane ancora in attesa della legge parlamentare di ratifica. Nel dettaglio, sono state trasformate in legge le intese con la Tavola Valdese (l. 449/1984), l'Unione delle chiese cristiane avventiste (l. 516/1988), le Assemblee di Dio in Italia (l. 517/1988), l'Unione comunità ebraiche (l.101/1989), l'Unione cristiana evangelica battista (l.116/1995), la Chiesa evangelica luterana in Italia (l. 520/1995). Il 4 aprile 2007 sono state firmate le intese con la Chiesa apostolica in Italia, la Chiesa di Gesù Cristo dei santi degli ultimi giorni, la Congregazione cristiana dei Testimoni di Geova, la Sacra arcidiocesi d'Italia ed Esarcato per l'Europa meridionale, l'Unione buddista italiana e l'Unione induista italiana.

²⁴⁹ Cfr. M. AINIS, *Legge sui rapporti con la Chiesa cattolica e le altre confessioni religiose* cit., p. 265.

contro i comportamenti omissivi del legislatore²⁵⁰. In altre parole, l'attività di stipulazione e approvazione dell'intesa con legge è attività del tutto discrezionale e incerta, ulteriormente aggravata dalla totale insindacabilità dell'eventuale inerzia statale. Eppure un rimedio ci sarebbe: una legislazione unitaria sulla libertà religiosa che garantisca livelli minimi di tutela a tutte le confessioni, ferma restando la possibilità per i singoli culti di negoziare con lo Stato contenuti diversi e ulteriori, idonei a rappresentare le peculiarità di ciascun credo. In questo senso occorre ritenere che le formule che devono comunque essere contemplate ed espressamente regolamentate in qualunque disciplina legislativa sul fenomeno religioso di un ordinamento democratico, siano essenzialmente tre: la laicità delle istituzioni repubblicane²⁵¹; l'eguaglianza dei cittadini e delle confessioni religiose²⁵²; le libertà di religione e verso la religione²⁵³. Tristemente, permane il vuoto normativo, dal momento che (fin qui) l'auspicata legge non ha mai visto la luce²⁵⁴.

²⁵⁰ C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro.it*, 1970, V, p. 158 ss. Le ipotesi dottrinarie volte a superare l'insindacabilità dell'inerzia statale si distinguono in quelle che si affidano all'intervento parlamentare, sostitutivo di quello del Governo (S. LABRIOLA, *Della intolleranza religiosa: le intese secondo l'art. 8 della Costituzione*, in AA. VV., *La questione della tolleranza e le confessioni religiose*, Napoli, Jovene, 1991, p. 90), o in quelle che si affidano al controllo giurisdizionale tramite ricorso alla Corte cost. mediante conflitto d'attribuzione tra poteri dello Stato sollevato dalla rappresentanza confessionale contro il Governo, a tutela dell'attribuzione costituzionale ex art. 8, co. 3, Cost. (A. GUAZZAROTTI, in "Giur. cost.", 1996, pp. 3920 ss.).

²⁵¹ S. LARICCIA, *La laicità delle istituzioni repubblicane italiane*, in "Democrazia e diritto", 2006, pp. 89-110.

²⁵² ID., *Gruppi sociali ed eguaglianza giuridica*, in "Foro amministrativo", 1966, III, pp. 117-21.

²⁵³ ID., *Le libertà di religione e verso la religione*, in *Teoria e prassi delle libertà di religione*, (a cura di) P. BELLINI, Bologna, il Mulino, 1975, pp. 313-422.

²⁵⁴ Eppure la volontà di procedere all'emanazione di una legge sulla libertà religiosa che prendesse il posto della vecchia e superata l. n. 1159/1929 (legge sui "culti ammessi") parte addirittura dal 1990 durante il governo Andreotti (ma già il precedente governo De Mita si era occupato della questione), quando fu presentata la prima proposta in materia che segnò l'inizio di una lunga e infruttuosa stagione di riforma. Per una completa rassegna dei disegni di legge cfr. S. SICARDI, *Alcuni problemi della laicità in versione italiana*, in *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), 2010, nota 4. Da ultimo M.

Dall'art 8 Cost. discende un altro fondamentale principio – da alcuni ritenuto supremo²⁵⁵, e anche norma generale valevole per disciplinare l'intera materia religiosa²⁵⁶ – quello dell' <<uguale libertà>> di <<tutte le confessioni religiose>>²⁵⁷. Significa, non solo che la Costituzione non ammette discriminazioni fondate sulla diversità di fede religiosa dal punto di vista individuale (art. 3.1 Cost.), ma anche che tali differenze si porrebbero in contrasto col principio d'eguaglianza - inteso in termini di parità di trattamento - dei gruppi sociali²⁵⁸. Inoltre, il primo comma dell'art. 8 porta a valorizzare i profili positivi della libertà religiosa (art. 19 Cost.), dovendo lo Stato impegnarsi a mantenere le condizioni sostanziali per un'eguale libertà dei culti, e promuovere, non politiche *religiose*, bensì politiche *della* religione, in funzione riequilibratrice e correttiva²⁵⁹. Sicché le appartenenze confessionali devono risultare uguali davanti alla legge in senso *assoluto*, e pertanto non possono ritenersi legittimi interventi promozionali speciali a sostegno della libertà religiosa dei credenti di una determinata confessione²⁶⁰.

CANONICO, *L'idea di una legge generale sulla libertà religiosa: un prospettiva pericolosa e di dubbia utilità*, in "Dir. famiglia", 2010 fasc. 3, pp. 1360 ss.

²⁵⁵ Cfr. F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento cit.*, p. 21.

²⁵⁶ M. AINIS, *Legge sui rapporti con la Chiesa cattolica cit.*, p. 266, e ID., *Laicità e confessioni religiose cit.*, specie p. 30.

²⁵⁷ Il principio è stato oggetto di un'interpretazione accentuatamente restrittiva. Alcuni autori ritennero che la disposizione in oggetto limitasse l'eguaglianza al profilo del godimento dei diritti di libertà, escludendo quindi l'eguaglianza di trattamento. Tale rilievo aveva indotto la Sinistra a proporre, a suo tempo, una diversa formulazione della norma, che garantisse a tutte le confessioni un'effettiva parità di trattamento: <<*Tutte le confessioni religiose sono eguali davanti alla legge*>>. Lo ricorda S. LARICCIA, *I capisaldi del dibattito dottrinale cit.*, p. 41.

²⁵⁸ In tal senso, anche i giudici costituzionali - con sent. n. 346/2002 - hanno puntualizzato che "l'eguale libertà delle confessioni di organizzarsi e di operare (...) rappresenta la proiezione necessaria sul piano comunitario" della "eguaglianza dei singoli nel godimento effettivo della libertà di culto" e del connesso "divieto di discriminazione" dei consociati per motivi religiosi.

²⁵⁹ Al pari di come Norberto Bobbio distingueva tra una "politica culturale" e una "politica della cultura" (*Politica e cultura*, Torino, 1955); cfr. M. AINIS, *Laicità e confessioni religiose cit.*, p. 46.

²⁶⁰ E. VITALI – A.G. CHIZZONITI, *Manuale breve di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 20.

È stata ravvisata una fine connessione tra il disposto dell'art. 7, primo comma, Cost. e l'art. 8, primo comma, Cost. per cui, se dal principio della distinzione degli ordini formulato esplicitamente con riguardo alla sola Chiesa cattolica – in virtù dell' <<originarietà>> di quest'ultima – si fa discendere un canone di struttura valevole per l'intero fenomeno religioso, ragionando per analogia – o se si vuole con interpretazione *sistemica-parziale* – risulta che anche le confessioni di minoranza costituiscono, a loro volta, ordinamenti originari e indipendenti nella sfera loro propria²⁶¹ e che, di conseguenza, lo Stato dovrebbe assumere pure nei loro confronti un atteggiamento di "auto-limitazione" che si realizza anche con il positivo riconoscimento della "*diversità di tutte le presenze religiose nell'ordine di rilevanza civile*"²⁶², in quanto considerate utili, quali formazioni sociali, alla realizzazione dell'obiettivo centrale dell'affermazione, dell'elevamento e dell'espansione della personalità umana²⁶³. Sotto questo aspetto, la Corte costituzionale non ha mancato di ribadire la centralità sistemica e valoriale garantita alla <<persona umana>> dalla nostra Legge fondamentale. Per tale via, essa ha riconosciuto sicuro rilievo costituzionale alla <<libertà di coscienza>> del singolo, quale <<principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo e quale regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione>>²⁶⁴. Ne segue che nella stessa prospettiva costituzionale si impone <<la pari protezione della coscienza di

²⁶¹ Cfr. per tutti F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, Zanichelli, 2003, pp. 71 ss.

²⁶² S. BERLINGÒ, *Autonomia e pluralismo confessionali, eguale libertà e sistema normativo*, in AA. VV., *Studi per la sistemazione delle fonti in materia ecclesiastica*, (a cura di) V. Tozzi, Salerno, 1993, p. 63.

²⁶³ Cfr. A. RAVA, *I nodi al pettine*, in "Il Ponte", n. 2-3, 1979, pp. 245 ss., p. 258.

²⁶⁴ Corte cost. sent. n. 467/1991, in "Quad. dir. e pol. eccl.", 1991-1992 fasc. 1, pp. 51 ss.; e analogamente Corte cost. sent. n. 422/1993, *ivi*, 1994 fasc. 3, pp. 581 ss.

ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza>>²⁶⁵.

Preso atto di questo, il *principio di uguale libertà* si potenzierebbe nel *principio di pari trattamento* dal punto di vista dei rapporti tra ordinamento statale e ordinamenti confessionali, se non fosse che persiste ancora oggi una problematica differenziazione tra religioni – sia sul versante finanziario, sia sul trattamento di favore riservato all'ex religione di Stato – , nonché tra “confessioni” e “convinzioni” in ambito religioso, tanto da poter parlare di una <<disarmonia>> interna alla Costituzione stessa²⁶⁶ che richiederebbe di essere eliminata tramite modifica costituzionale²⁶⁷.

3. Un coacervo di contraddizioni.

Tirando le fila del discorso, il sistema scaturente dagli articoli 7 e 8 Cost. crea punti di frizione con almeno cinque principi costituzionali²⁶⁸. Ci si riferisce: i) al principio di laicità dello Stato, riconosciuto valore supremo dell'ordinamento; ii) al principio di eguaglianza e non discriminazione per ragioni di religione ex artt. 3 e 8 Cost.; iii) alla libertà religiosa ex art. 19 Cost.; iv) al principio di autonomia delle confessioni religiose ex artt. 8 e 20 Cost.; v) al principio pattizio, come soluzione organizzativa comune dei rapporti tra Stato e chiese ex artt. 7 e 8 Cost.

Le contraddizioni più evidenti si manifestano proprio nei riguardi del principio di eguaglianza e non discriminazione, il quale richiederebbe un ordinamento del tutto *indifferente* all'appartenenza religiosa, che risulterebbe così un aspetto puramente privato e giuridicamente *irrilevante*²⁶⁹. Lo stesso risultato si otterrebbe ponendosi dall'ottica visuale del principio supremo di laicità, che pure implicherebbe un atteggiamento

²⁶⁵ Corte cost. sent. n. 440/1995, in “Gius. cost.”, 1995, pp. 3475 ss.

²⁶⁶ Così P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali* cit., p. 212.

²⁶⁷ Cfr. F. RIMOLI, *I diritti fondamentali in materia religiosa*, in P. RIDOLA – R. NANIA (a cura di), *I diritti costituzionali*, III, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 888 ss.

²⁶⁸ Esposti da M. AINIS, *ult. op. cit.*, p. 15.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 17.

essenzialmente *neutro* dello Stato nei confronti dell'intero fenomeno religioso. Tuttavia, entrambi i principi (laicità e non discriminazione) possono condurre a soluzioni diametralmente opposte. Difatti, nel momento in cui l'appartenenza religiosa diviene fattore di discriminazione sociale lo Stato non può certamente rimanere indifferente, dovendo invece attivarsi per rimuovere gli <<ostacoli>> che di fatto impediscono il perseguimento dell'eguaglianza sostanziale. La stessa scelta di prevedere un sistema di relazioni differenziato, basato su intese e Concordato, obbliga all'intervento statale per garantire l'effettiva parità di trattamento tra le diverse confessioni religiose.

S'intende dire che nell'attuale sistema il confine tra astensione e intervento statale è estremamente labile, comportando inevitabilmente una commistione tra "affari di Stato" e "affari religiosi". Il punto di equilibrio andrebbe sempre ricercato attraverso la bussola dei valori costituzionali, per cui si avrà effettivamente uno Stato laico, equidistante e imparziale (e quindi neutrale) solo quando l'ordinamento rimarrà impermeabile alle singole identità confessionali dal punto di vista dei contenuti, e cioè quando eviterà in sede legislativa la trasposizione meccanica di soluzioni di derivazione confessionale che si impongano agli appartenenti ad altre confessioni²⁷⁰. In effetti, pare che l'unica via per raggiungere l'auspicata "eguaglianza nella diversità"²⁷¹ non possa che essere il superamento del sistema concordatario e delle intese, e la sottoposizione di tutti i culti al diritto comune.

²⁷⁰ L. ELIA, *Valori, laicità, identità*, in www.costituzionalismo.it, 2007, secondo il quale la dimensione centrale della laicità è costituita proprio dall'eguale libertà di tutte le confessioni religiose.

²⁷¹ Cfr. N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, Il mulino, 2006.

Ma, oltre a costituire l'ostacolo formale a una fisiologica espansione del principio di laicità²⁷², provoca la violazione più forte al principio di eguaglianza il secondo comma dell'art. 7, che con il richiamo espresso ai Patti Lateranensi riconosce uno *ius singulare* alla Chiesa cattolica che non trova più alcuna giustificazione²⁷³.

Già nel corso dei lavori preparatori della Assemblea costituente vi erano stati acuti commenti che finivano per considerare l'art. 7 "*uno stridente errore logico e uno scandalo giuridico*"²⁷⁴. Colui che più di tutti sollevò aspre critiche fu Piero Calamandrei che la bollò come una disposizione assurda, "*una frase che sembra piena di significati arcani, ma che in realtà non significa nulla*", equivalente a dichiarare che "*l'Italia e la Francia sono, ciascuna nel proprio ordine, indipendenti e sovrane*"²⁷⁵. Alla fine, com'è noto, prevalse l'opinione di chi individuava nell'art. 7 una garanzia per la

²⁷² ID., *La fine del confessionismo e la laicità dello Stato (il ruolo della Corte costituzionale e della dottrina)*, in "Politica del diritto", 2009, n. 1, pp. 45-91.

²⁷³ Cfr. C. CARDIA, *Il sistema pattizio alla prova* cit., p. 69, secondo il quale una simile disposizione era forse comprensibile alla luce del contesto storico-politico nel quale è stata formulata, ma "il consolidamento della Repubblica e del suo carattere democratico, nonché dei rapporti tra Italia e Santa Sede e tra società civile e società religiosa, ha nei fatti dissolto qualsivoglia preoccupazione vaticana circa l'eventuale precarietà delle relazioni ecclesiastiche con il paese nel quale insta la sede pontificia". Inoltre "nessuno può ritenere che la Santa Sede abbia bisogno oggi di una *garanzia suppletiva*, oltre all'impegno costituzionale dello Stato italiano a regolare pattiziamente le relazioni con essa, che ponga le norme pattizie in una determinata collocazione nella gerarchia delle fonti".

²⁷⁴ Usando le parole di B. CROCE, Atti Ass. cost. (11 marzo 1947), in *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Roma, 1970, Vol. I, p. 338.

²⁷⁵ P. CALAMANDREI, *Intervento alla seduta dell'Assemblea Costituente del 20 marzo del 1947*, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente* cit., pp. 503 ss. In uno scritto apparso ne "Il Ponte" dell'aprile 1947, Calamandrei commentava: <<se veramente, secondo la tesi del prof. Dossetti, tanto lo Stato quanto la Chiesa si debbono ritenere come ordinamenti giuridici "originari", il riconoscimento reciproco nulla può aggiungere alla loro sovranità che sussiste separata e indipendente in ciascuno di essi: sicché la formula proposta sarebbe apparsa altrettanto inutile e fuor di posto nella costituzione come quella che avesse proclamato, ad esempio, che "l'Italia e la Francia sono, ciascuna nel proprio ordine, sovrane">>.

stabilità della “pace religiosa”²⁷⁶, un segno di continuità tra il vecchio e il nuovo, il simbolo dell’autonomia originaria dello Stato e della Chiesa cattolica²⁷⁷, probabilmente senza immaginare gli esiti paradossali che quella norma avrebbe generato²⁷⁸.

Evidentemente il Concordato da solo non *bastava* più²⁷⁹. Rapidamente, la c.d. <<bilateralità necessaria>> si è trasformata in un “*interventismo politico di carattere identitario*”²⁸⁰, grazie al quale la Chiesa è divenuta essa stessa soggetto politico imponendo le proprie leggi e le proprie verità. Come è potuto succedere? L’articolo 7 si limita <<positivamente>> a *richiamare* i Patti Lateranensi, nulla di più, nulla di meno: il degenero che ne è scaturito rifluisce in quel *non-detto-costituzionale*²⁸¹ che ovviamente non può essere plasmato a piacimento e utilizzato per sovvertire un profilo fondamentale della nostra forma di Stato, quale l’intangibile <<principio supremo>> di laicità. Tale principio

²⁷⁶ Che viene citata ripetutamente nel corso delle sedute in Assemblea Costituente, cfr. ad esempio P. TOGLIATTI, *Intervento* del 18 dicembre 1946, e U. TUPINI, *Intervento* del 5 marzo 1947; disponibili sul sito www.nascitacostituzione.it curato da Fabrizio Calzaretto.

²⁷⁷ G. DOSSETTI, *La ricerca costituente 1945-1952* cit., pp. 276 ss.

²⁷⁸ Più lungimirante P. CALAMANDREI, che già aveva espresso perplessità in Assemblea plenaria (v. ad es. la seduta del 4 marzo 1947) e poco dopo l’approvazione dell’art. 7 commentava (in *Art. 7: storia quasi segreta di una discussione e di un voto*, “Il Ponte”, anno III, n. 4, 1947): <<Se essi [i cattolici] avessero voluto veramente assicurare per sempre all’Italia la pace religiosa, avrebbero dovuto ad ogni costo evitare che le discussioni della Costituente fossero turbate dall’ombra dello Stato confessionale; si sono messi invece a evocare con tutto il loro zelo questo fantasma. Hanno vinto coi voti, ma hanno introdotto nella costituzione una incompatibilità insanabile, che non potrà non portare a scontri, tra il principio della religione di Stato e il principio della libertà di coscienza. Esser riusciti, com’essi hanno fatto coll’art. 7, a dar nuova ragione di vita all’anticlericalismo, non si può dire che sia per loro un grande trionfo (ammeneché un certo pizzico di anticlericalismo non sia da essi desiderato come condimento per render più appetibile la loro cucina elettorale)>> e <<Potrebbe darsi che i comunisti, quando hanno compiuto con estremo virtuosismo quell’abilissimo esercizio di acrobazia parlamentare che è stato il voto sull’art. 7, non abbiano calcolato abbastanza l’impressione di disorientamento e di delusione ch’esso avrebbe prodotto sulla coscienza del popolo ingenuo, che continua a credere nella democrazia>>.

²⁷⁹ Parafrasando il titolo dell’articolo di E. GALLI DELLA LOGGIA, *Il Concordato non serve più*, in archiviostorico.corriere.it, pubblicato il 16 gennaio 2001 sul Corriere della Sera.

²⁸⁰ L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in www.astrid-online.it.

²⁸¹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 142 ss.

non è derogabile né da principi generali dell'ordinamento né da impegni concordatari o comunitari e *nemmeno da altre norme costituzionali*²⁸². In caso contrario, non di "revisione" della Costituzione si tratterebbe, ma di una vera e propria "rivoluzione", di un cambio di regime²⁸³.

Per completare questo mosaico di incongruenze, si rifletta sul fatto che l'art. 7 della Costituzione italiana rappresenta un *unicum* nel panorama costituzionale mondiale, non comparabile con alcuna disposizione costituzionale europea ed extraeuropea²⁸⁴, che al più si limita a garantire ai cittadini libertà di opinioni, di culto, di propaganda religiosa. Questo dato ha certamente contribuito al profilarsi di una laicità tutta *all'italiana*²⁸⁵, per cui lo Stato, pur formalmente non individuando

²⁸² R. COPPOLA, *Laicità relativa*, in Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2007.

²⁸³ Cfr. C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale (1952)*, in "Raccolta di scritti", II, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 30 ss.

²⁸⁴ Niente a che vedere, ad esempio, con l'art. 2 della Costituzione francese del 4 ottobre 1958, che riprendendo una formula già contemplata nell'art. 1 della Costituzione del 1946, afferma che: "La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale".

²⁸⁵ Gli elementi costitutivi della laicità *all'italiana* sono riassumibili nei punti proposti da S. SICARDI, *Alcuni problemi della laicità in versione italiana* cit., pp. 9-10, al quale si rimanda per i dettagli:

1) la non indifferenza e non estraneità (fino al sostegno attivo) nei confronti del fenomeno religioso, rispetto alle sue manifestazioni individuali e comunitarie, però in un contesto pluralista, che tenga conto della molteplicità delle fedi, tuteli da forme di discriminazione, e sia rivolto alla tutela della laicità tanto nelle sue ricadute individuali che associative (sentt. 203/1989; 440/1995; 195/1993 e 346/2002);

2) il rifiuto, salvo qualche ristrettissima eccezione, del criterio numerico e sociologico come base di differenziazione di trattamento tra confessioni religiose, le quali non potrebbero essere avvantaggiate dal fatto di costituire la religione di maggioranza o quella sociologicamente e culturalmente più radicata nel Paese (sentt. 925/1988; 440/1995; 508/2000; 329/1977);

3) lo specialissimo rilievo attribuito alla piena tutela e realizzazione della libertà di coscienza, quale prioritaria libertà del singolo, da correlarsi con la protezione del sentimento religioso, che in generale richiede, come precisa la Corte, «una tutela proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante» degli elementi che la costituiscono (sentt. 467/1991; 149/1995; 334/1996; 329/1997 e 508/2000);

4) una concezione della laicità nel senso di non confessionalità e quale principio di "distinzione degli ordini" secolare e religioso. È, in particolare, nelle sentt. 259/1990 e 334/1996 che tale profilo viene esplicitato, nel senso che «la religione e gli obblighi morali che ne derivano non possono essere imposti come mezzo al fine dello Stato», in quanto l'«essere religioso ... nell'ordine civile ... può essere solo manifestazione di libertà», per

alcuna religione di Stato – come prevedeva invece lo Statuto Albertino – riconosce di fatto una posizione di privilegio alla religione “di maggioranza”.

Durissimo al riguardo il giudizio di Lariccia, per il quale l’ordinamento italiano, con riferimento alla materia religiosa, non è un ordinamento democratico, e non può esserlo per tutta una serie di precise motivazioni:

“1. non è garantito il principio di laicità delle istituzioni repubblicane (un ordinamento o è laico o non è democratico);

2. non è garantita l’uguaglianza dei cittadini e delle confessioni religiose davanti alla legge;

3. non è garantita l’eguale libertà delle confessioni religiose, giacché, (...) l’eguale libertà delle confessioni religiose risulta violata ogni qual volta ad una confessione religiosa sia offerta *‘la possibilità di una esplicazione più accentuata di libertà’*, e la libertà si trasformi dunque in *privilegio*²⁸⁶ ;

4. non sono garantite, anche dopo la stipulazione del concordato di villa Madama del 18 febbraio 1984, le libertà di religione e verso la religione di moltissimi italiani, credenti e non credenti, bambini e adulti, donne e uomini, alunni e insegnanti, dentro la scuola e fuori della scuola;

5. non è garantita l’eguaglianza tra credenze religiose e credenze filosofiche e tra confessioni religiose e organizzazioni non confessionali e filosofiche;

cui allo Stato è fatto «divieto di ricorrere a obbligazioni di ordine religioso per rafforzare l’efficacia dei suoi precetti»;

5) una concezione della laicità quale equidistanza/imparzialità, «rispetto a tutte le confessioni religiose» (sentt. 329/1997; 508/2000; 168/2005).

²⁸⁶ Qui l’autore apre una parentesi dichiarando che ciò si pone in violazione della Costituzione italiana e dei principi del Concilio Vaticano II, ricordando in particolare il par. 76 della costituzione conciliare *Gaudium et Spes*, nella quale si precisava che la chiesa cattolica avrebbe rinunciato all’esercizio dei diritti legittimamente acquisiti ove la loro presenza avesse fatto dubitare della sincerità della sua testimonianza nel mondo.

6. sono tuttora previsti, in materia religiosa, controlli esercitati da giudici, come quelli del Consiglio di Stato, che non godono delle necessarie garanzie di indipendenza nei confronti del potere esecutivo e non hanno competenze in materia di diritti soggettivi (...), mentre in tale materia sussistono, garantiti dalla Carta costituzionale dell'Italia democratica, diritti costituzionali, e dunque diritti, non interessi legittimi"²⁸⁷.

Concludendo, la rinuncia al Concordato e alle intese non farebbe che allineare l'Italia ai regimi delle principali nazioni liberaldemocratiche²⁸⁸, e rappresenterebbe la rimozione di uno dei maggiori ostacoli che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini.

4. Due strade percorribili: la via legale e la via giurisdizionale.

In un quadro siffatto si rende maggiormente auspicabile e opportuna una riemersione del diritto comune, specie di quello relativo alla libertà di coscienza e di manifestazione del pensiero e alla libertà di riunione e di associazione, entro il quale si potrebbe far rifluire il regime pubblico speciale previsto per le confessioni religiose dagli artt. 7 e 8 Cost.²⁸⁹. Si

²⁸⁷ S. LARICCIA, *Meglio la costituzione che una legge dello stato a garanzia dell'uguaglianza e delle libertà in materia religiosa*, in Rivista telematica (www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2007.

²⁸⁸ L. LOMBARDI VALLAURI, *Intervento cit.*, pp. 27-28.

²⁸⁹ <<Gli articoli 7 e 8 della Costituzione andrebbero abrogati>> prosegue L. LOMBARDI VALLAURI, in *Intervento cit.* L'autore adduce anche argomenti filosofici-religiosi (a sostegno della tesi della completa privatizzazione della materia religiosa) che "sono tutti quelli riassumibili nel concetto di apofatismo: l'esercizio strenuo della ragione sui problemi ultimi approda all'indecidibile e comunque all'irrappresentabile. L'intelligenza (senza la quale la fede non è neppure un atto pienamente umano) non può non tentare di tradurre gli asserti religiosi in linguaggio ontologico e non può realisticamente riuscirci. Nessuna religione può dunque realisticamente andare al di là di quella che san Giovanni della Croce, incontrando così la ben più antica tradizione apofatica induista e buddista, ha chiamato 'la notte oscura dei sensi e dello spirito'. I conflitti dogmatici tra rivelazioni sono, nella più favorevole delle ipotesi, balbettamenti sull'ineffabile. Inoltre è dimostrabile, teoricamente e storicamente, l'inattendibilità di molte dottrine religiose dal punto di vista non solo scientifico, ma anche etico e politico: per esempio, sotto quest'ultimo profilo, alla luce della più matura e condivisa 'religione civile' dei diritti

comprende quanto urgente e utile sia almeno *rivedere* gli articoli in questione. Parlando in termini *giuridicamente teorici*, non sono ravvisabili ostacoli insormontabili a una loro riformulazione o rimozione, essendo percorribili tanto la via di una legge di revisione costituzionale, quanto quella di un intervento della Corte costituzionale. Si tratta solo di dotarsi di sufficiente *coraggio* e *realismo* per valutare le diverse opzioni.

4.1 La revisione costituzionale tramite legge costituzionale.

Per cominciare, guardando al dato positivo-formale, si badi che il divieto *espresso* di revisione della "forma repubblicana" ex art. 139 Cost., nonché il limite *implicito* dei principi supremi dell'ordinamento dello Stato, non trovano applicazione nei confronti di *tutti* i principi costituzionali testualmente "fondamentali". In altre parole, e per quanto direttamente ci riguarda, l'art. 7 Cost. è agevolmente modificabile specie nel comma 2, in quanto in uno Stato laico, quale si presume sia quello italiano, i Patti lateranensi ed il regime concordatario tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica sono solo il portato di vicende storiche, non certo espressione di un carattere identitario essenziale sottratto a revisione. Dall'art. 7 co. 2, così come dall'art. 8, co. 3, risulta - per generalizzazione delle rispettive *rationes* - il principio di bilateralità, che non esprime affatto un principio supremo dell'ordinamento, ma solo un principio costituzionale ordinario, come tale modificabile con il normale procedimento di revisione costituzionale²⁹⁰. Se così non fosse, non potendo il principio di bilateralità essere sottoposto a revisione, la Chiesa cattolica - come le altre confessioni con intesa - si vedrebbe attribuire un diritto di

umani, lungamente avversata dalle religioni e recepita ormai irreversibilmente dalla coscienza comune dell'umanità, in ogni caso dell'umanità occidentale".

²⁹⁰ Cfr. ad esempio C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, 1952, ove afferma che l'art. 7 Cost. "tende a dare rilevanza costituzionale al principio concordatario, ossia afferma che lo Stato, *fino a quando non operi una revisione della costituzione*, è obbligato a regolare i suoi rapporti con la Chiesa cattolica sulla base bilaterale dei concordati".

veto su ogni proposta di modifica pattizia che costituirebbe un'inammissibile aporia, suscettibile di essere superata solo con la sottrazione unilaterale delle discipline passibili di modifica dall'ambito dei rapporti concordati, in modo da restituirle alla piena sovranità statale²⁹¹.

Si aggiunga che le stesse modalità previste in Costituzione per modificare i Patti suggeriscono invero una minore protezione costituzionale del principio pattizio²⁹² rispetto ad altri principi pure testualmente fondamentali. Ma v'è di più, perché l'art. 7, comma 2 – ma lo stesso potrebbe valere anche nei confronti dell'8, comma 3, data la comunanza di *ratio* – può essere ben inteso come una norma con fattispecie così definita da tramutarsi propriamente in una *regola*, ossia quella della regolazione dei rapporti attraverso i Patti lateranensi²⁹³, cui non osterebbe una legge costituzionale di modifica ovvero di abrogazione²⁹⁴.

Questa soluzione è avvalorata dalla tesi che interpreta l'articolo 7 come norma *eccezionale e provvisoria*²⁹⁵, posta per ragioni politiche, e quindi

²⁹¹ N. COLAIANNI, *La fine del confessionismo e la laicità dello Stato (il ruolo della Corte costituzionale e della dottrina)* cit., pp. 60-61.

²⁹² Cfr. M. AINIS, *Laicità e confessioni religiose* cit., p. 29. L'autore ritiene che la minore protezione riguardi solo il principio pattizio declinato nei confronti della Chiesa cattolica, non anche nei confronti delle altre confessioni religiose ex art. 8.

²⁹³ N. COLAIANNI, *Laicità e prevalenza delle fonti di diritto unilaterale sugli accordi con la Chiesa cattolica* cit., p. 191.

²⁹⁴ Il primo disegno di legge costituzionale per la modifica degli artt. 7 e 8 Cost. fu quello di iniziativa del sen. Albani comunicato alla Presidenza del Senato il 7 febbraio 1969 (in "Dir. eccl.", II, 1969, pp. 56 ss.). Seguì la proposta di legge costituzionale presentata dal deputato Lelio Basso in camera dei deputati il 23 febbraio 1972, la quale contemplava l'abrogazione dell'articolo 7 Cost. e la modifica dell'art. 8 Cost. in modo da rendere applicabile quest'ultimo a tutte le confessioni religiose, compresa quindi la Chiesa cattolica (in "Dir. eccl.", II, 1972, pp. 186 ss.).

²⁹⁵ M. AINIS, *Laicità e confessioni religiose* cit., pp. 25-30. L'autore ritiene che l'articolo 7 è norma eccezionale perché, col richiamo ai Patti Lateranensi, infligge una deroga ai principi costituzionali in materia religiosa, sicché la regola per disciplinare la materia va ricercata altrove, ossia nell'articolo 8, che costituisce proprio il luogo della generalità e del pluralismo. In quanto eccezionale l'articolo 7 è anche norma provvisoria, perché se la norma derogatoria ambisse a una durata illimitata diverrebbe regola a sua volta, sostituendosi alla norma generale che si conserva invece nell'articolo 8. Da ultimo ID.,

tale da interpretarsi *restrittivamente*. Tale norma, a causa del superamento del Concordato del 1929 per effetto degli Accordi di Villa Madama del 1984 – e in conseguenza della stipula delle prime intese con le altre confessioni, che avrebbero dispiegato la centralità dell'art. 8 Cost. nei rapporti Stato-religioni – ha perso completamente oggetto principale e funzione storica, e avrebbe cessato d'esistere "al pari di una legge che protegga una specie animale ormai scomparsa"²⁹⁶. In particolare, il nuovo Concordato, avendo abrogato espressamente e totalmente i precedenti accordi²⁹⁷ (per effetto dell'art. 13.1 dell'Accordo del 1984), non godrebbe più della copertura costituzionale ex 7 Cost., in quanto "il richiamo testuale ai Patti Lateranensi del 1929 non può coprire nuovi Patti su nuove materie"²⁹⁸. Questa tesi ha avuto vasto seguito nella migliore dottrina²⁹⁹, la quale ritiene che la garanzia "forte" accordata alle norme dei Patti lateranensi – soccombenti solo dinanzi ai principi supremi – non riguarda anche il nuovo Concordato, dal momento che la relativa legge di esecuzione non è una legge costituzionale o di revisione, bensì una mera

Chiesa padrona. Un falso giuridico dai Patti Lateranensi a oggi, Milano, Garzanti, 2009, pp. 57 ss.

²⁹⁶ G. SAREDO, *Trattato delle leggi*, Firenze, 1886, p. 489 ss.

²⁹⁷ Di cui sarebbe rimasto integro il solo Trattato lateranense, cfr. per tutti S. BERLINGÒ, *Il <<principio pattizio>> cit.*, p. 54.

²⁹⁸ Come osservavano C. ESPOSITO, *Costituzione, leggi di revisione della costituzione e <<altre>> leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, III, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 218 ss. e C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, pp. 1520 ss.

²⁹⁹ Fra i tanti, v. F. MODUGNO, *Sulla posizione costituzionale dei patti lateranensi*, in "Studi per la revisione del Concordato", Padova, Cedam, 1970, pp. 119 ss.; G. CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana. Contributo all'interpretazione sistematica dell'art. 7 della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 80; S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, Padova, Cedam, 1986, p. 89; C. CARDIA, *Stato e confessioni religiose. Il regime pattizio*, Bologna, Il mulino, 1988, p. 149. Insieme a loro parte della dottrina internazionalistica e di quella ecclesiasticistica richiamata da M. AINIS, *Laicità e confessioni religiose cit.*, p. 32, nota 56; A. BERNARDINI, *Problemi di rinvio e di adattamento nell'art. 7 della Costituzione*, in "Riv. dir. internaz.", 1968, pp. 273 ss.; G. PEYROT, *Note sulle proposte di revisione del Concordato del 1929*, in "Dir. eccl.", 1977, I, p. 398; L.M. DE BERNARDIS, *Copertura costituzionale all'accordo di Villa Madama?*, in AA.VV., *Nuovi accordi fra Stato e confessioni religiose*, Milano 1985, p. 171; L. GUERZONI, *Gli accordi del 1984 tra la Repubblica italiana e la Santa Sede: dall'ideologia del concordato «nuovo» alla realtà del nuovo concordato*, in "Studi Spinelli", II, pp. 751 ss.

legge ordinaria³⁰⁰. “Di conseguenza, la sua resistenza alle ordinarie norme costituzionali è venuta meno perché le sue norme sono fuoriuscite dal complesso dei patti lateranensi e perciò non sono idonee a perforare il muro eretto dalle norme di costituzione formale”³⁰¹.

In questo senso è da rifiutare la tesi che riconosce una persistente copertura costituzionale “forte” agli accordi di modificazione del concordato basandosi sull’art. 10, comma 1, Cost.³⁰². Posto che, secondo costante giurisprudenza³⁰³, questo articolo si riferisce alle sole “norme consuetudinarie” e non anche alle norme pattizie contenute nei trattati internazionali, sarebbe proprio dalla clausola generale *pacta sunt servanda* che parte della dottrina ritiene di poter dedurre un generale obbligo per lo Stato italiano di osservare gli obblighi assunti nei confronti della Chiesa cattolica attraverso il Concordato. Ma, al di là del fatto che tale tesi – comunque minoritaria – non ha mai avuto seguito nella giurisprudenza³⁰⁴, inaccettabile sarebbe lo stravolgimento cui darebbe luogo, poiché legittimerebbe una revisione costituzionale “strisciante” e “sotterranea” che attribuendo copertura costituzionale “forte” agli accordi con la Santa Sede per il tramite dell’art. 10 Cost. finirebbe per aggirare non solo le norme costituzionali ordinarie, e nella specie l’art. 138 della Costituzione, ma anche gli stessi principi supremi dell’ordinamento³⁰⁵.

³⁰⁰ L. n. 121/1985.

³⁰¹ N. COLAIANNI, *Laicità e prevalenza delle fonti di diritto unilaterale sugli accordi con la Chiesa cattolica* cit., p. 193.

³⁰² Così recita l’art. 10, co. 1, Cost.: “L’ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”.

³⁰³ Da ultimo, Corte cost. sent. n. 348/2007, e ancora prima sent. n. 32/1999.

³⁰⁴ V. Corte cost. sentt. nn. 168/1994, 15/1996, 73/2001, 349/2007.

³⁰⁵ Cfr. N. COLAIANNI, *ult. op. cit.*, p. 199, il quale cita B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 1987, p. 295 e A. VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 258.

L’autore ritiene che l’unica possibilità di riconoscere copertura costituzionale agli accordi di modificazione del concordato sia quella di fare riferimento al nuovo testo dell’art. 117, co. 1, Cost. che impone al legislatore di conformarsi agli obblighi internazionali e quindi anche agli accordi del 1984. Si tratta comunque di una garanzia costituzionale decisamente ridotta, perché gli accordi rimangono fonti sub-costituzionali

Seguendo la scia tracciata dalla perdita di oggetto e funzione dell'art. 7 Cost., possiamo spingerci fino a sostenere che l'art. 8, commi 2 e 3, non abbia neppure iniziato ad esistere³⁰⁶, posta la problematica definizione del concetto di confessione religiosa³⁰⁷, nonché l'assenza di garanzie di "giusto procedimento" sulla stipula delle intese, che di fatto impediscono l'effettiva operatività della disposizione, anche nel suo fondamentale principio di uguale libertà di <<*tutte le confessioni religiose*>>. Affinché l'articolo 8 trovi piena valorizzazione – ha avuto modo di affermare la Corte costituzionale – è <<*inaccettabile ogni tipo di discriminazione che si basi soltanto sul maggiore o minore numero degli appartenenti alle varie confessioni religiose. (...) significa che in materia di religione, non valendo il numero, si impone la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza*>>³⁰⁸. Dunque, finora sono state palesemente ignorate anche le indicazioni della Corte, il che dovrebbe far pensare ad una nuova disciplina delle relazioni tra lo Stato e le chiese che parta anche dall'abrogazione dei commi "inoperanti" dell'articolo 8 Cost. e si traduca nell'eventuale introduzione di una legge ordinaria in materia, salvo ritenere già di per sé sufficiente il diritto personale, contrattuale e associativo comune.

e le norme ivi contenute sono esse pure oggetto di esame alla stregua di altre norme costituzionali conferenti, non potendo fungere da parametro di costituzionalità interposto. Tali norme pattizie sono perciò destinate a soccombere in caso di ogni profilo di contrasto con le norme costituzionali "ordinarie", non solo con quelle configuranti principi supremi.

³⁰⁶ M. CROCE, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, tesi dottorale in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, a.a. 2009-2010, Università degli studi di Pisa, Facoltà di Giurisprudenza, p. 98.

³⁰⁷ Sul quale si veda N. COLAIANNI, *Confessioni religiose*, in *Enc. Dir.*, Vol. IV, p. 363 ss.

³⁰⁸ Punto 3.2 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 440/1995 della Corte Costituzionale, la quale ha affrontato la problematica della bestemmia dichiarando fondata la questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 8 Cost. dell'art. 724, co. 1, c.p. limitatamente alle parole <<o i Simboli o le persone venerati nella religione dello Stato>>.

4.1.1 Il vento riformatore.

Bisogna dare conto di alcune proposte di revisione della disciplina costituzionale del fenomeno religioso, nel suo aspetto sia collettivo che individuale, che sono state sollevate in tempi diversi tanto da autorevole dottrina quanto da attenti uomini politici.

Il pensiero va primariamente a Francesco Finocchiaro che esattamente quindici anni fa offriva due modalità di variazione dell'articolo 7 Cost., *"secondo che si voglia continuare a disporre a proposito della Chiesa cattolica con formule normative formalmente diverse da quelle riguardanti le altre confessioni"*, o piuttosto si *"volesse optare per una soluzione diretta a unificare il sistema delle fonti del diritto statale sulle confessioni religiose"*³⁰⁹. Preferendo tale ultima eventualità, l'autore propone un *ripensamento* e una *rifusione* delle disposizioni dei vigenti artt. 7 e 8 Cost. In proposito, egli considera che l'art. 8, comma 1, dichiarando l'uguale libertà di tutte le confessioni religiose, merita di essere posto in apertura delle norme ad esse dedicate. A seguire verrebbe collocato l'attuale primo comma dell'articolo 7, poiché, se non è il caso di ribadire il secondo comma dello stesso articolo, una qualche specifica menzione della <<diversità>> degli ordini in cui operano lo Stato e la Chiesa cattolica dovrebbe essere mantenuta. Successivamente si collocherebbe, con diversa formulazione, l'attuale secondo comma dell'art. 8 Cost. per disciplinare i rapporti tra Stato e confessioni religiose a-cattoliche. Infine andrebbe modificato anche il terzo comma dell'art. 8 Cost., *"prevedendo che i rapporti fra lo Stato e le confessioni religiose sono regolati per legge sulla base di Concordati e Intese"*. A parere di Finocchiaro, la norma, così modificata, garantirebbe le disposizioni derivanti da tali accordi da ogni unilaterale abrogazione, deroga, modifica o sospensione attuata dal *legislatore*

³⁰⁹ F. FINOCCHIARO, *Ipotesi di una revisione dell'articolo 7 della Costituzione*, in "Politica del diritto", 1996, n. 1, pp. 75-80.

ordinario. Inoltre, qualora venisse meno l'espressa menzione dei Patti Lateranensi, non troverebbe più alcuna giustificazione testuale la tesi secondo la quale, in virtù della copertura costituzionale "forte" riconosciuta loro dall'art. 7 Cost., essi sono soggetti a controllo di legittimità costituzionale solo attraverso il parametro dei <<principi supremi>> e non anche delle norme di Costituzione formale. La nuova garanzia apprestata indistintamente alle norme di esecuzione di Concordati e alle intese varrebbe solo nei riguardi del legislatore ordinario, e dunque non escluderebbe il controllo di legittimità alla stregua delle comuni norme costituzionali. Si realizzerebbe così una "*più compiuta attuazione del principio di uguaglianza delle confessioni religiose nella libertà*" ex art. 8, primo comma, Cost. e "*un'uguale tutela costituzionale delle libertà 'pratiche' di tutte le confessioni religiose*", perché entrambe le categorie di norme, quelle riguardanti la Chiesa cattolica e quelle relative alle altre confessioni, sarebbero paritariamente garantite da una norma della Costituzione formale³¹⁰.

La proposta, in sé per sé ammirevole per lo sforzo "ugualitario", rimane in qualche modo *incompleta*, poiché intanto verrebbe mantenuto il primo comma dell'art. 7 Cost. che pure ha generato non pochi problemi ed equivoci, e in più si conferma la scelta a favore del sistema differenziato fatto di <<Concordati e Intese>>. E su questo punto c'è da replicare: se si aderisce all'intento di garantire con tale sistema l'eguaglianza sostanziale fra le diverse confessioni religiose, non pare che esso sia all'altezza delle aspettative. In relazione alle intese sorgono inconvenienti gravissimi nel momento in cui ci si chiede, ad esempio, se sussista un dovere giuridico dello Stato di prendere contatto con le confessioni; se lo Stato possa rifiutarsi di procedere alle intese; se sussistano garanzie di <<giusto procedimento>> sulla stipula dell'intesa; se lo Stato possa emanare una

³¹⁰ F. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, pp. 79-80.

legge unilaterale in caso di fallimento delle intese; se il Governo sia obbligato a presentare il disegno di legge al Parlamento avente il contenuto dell'intesa; se il Parlamento sia obbligato a emanare la legge; se vi siano rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore. Gli unici punti fermi sembrano essere il "vincolo" che l'intesa costituisce per la legge di approvazione, che non potrebbe contraddire i contenuti dell'intesa, pena l'illegittimità costituzionale, e l'ulteriore corollario della non abrogabilità unilaterale della legge di approvazione dell'intesa³¹¹. Ma i restanti problemi più strettamente tecnici dovrebbero essere meglio sviluppati alla ricerca di soluzioni concrete.

Più risalenti, ma ancora sorprendentemente attuali, le due proposte di legge costituzionale giunte nelle aule parlamentari a cavallo tra gli anni '60 e '70. Il loro "minimo comun denominatore" è dato dall'eliminazione dell'articolo 7 Cost. e dunque dei suoi specifici contenuti in termini di riconoscimento dell'originarietà dell'ordine della Chiesa cattolica, di esplicito richiamo ai Patti Lateranensi, di accoglimento della pratica e del sistema concordatari. All'origine di tutto, lo scopo di rimuovere le incongruenze e di far aderire la disciplina costituzionale del fenomeno religioso collettivo a tutto il contesto della Costituzione, specie al principio di eguaglianza e di libertà che ne sta alla base³¹².

La prima fu quella d'iniziativa del sen. Albani comunicata alla presidenza del Senato il 7 febbraio 1969³¹³. Tale schema di proposta prevedeva uno stravolgimento dell'articolo 7 Cost. che avrebbe dovuto essere sostituito dal seguente:

<<La Repubblica riconosce l'indipendenza e la sovranità dello Stato della Città del Vaticano.

³¹¹ GUAZZAROTTI A., art. 8, in S. BARTOLE – R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, 2° ed., Padova, CEDAM, 2008.

³¹² A. RAVA, *Problemi residui e nuovi in tema di libertà religiosa*, in A.A. V.V., *Individuo, gruppi, confessioni religiose* cit., pp. 8-9.

³¹³ In "Il dir. eccl.", 1969, II, p. 56 ss.

I rapporti con questo Stato sono regolati da trattati e convenzioni in conformità alle norme del diritto internazionale>>.

Con riferimento all'art. 8 Cost., il secondo comma (<<*Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti*>> ecc.) dovevano essere soppresse le parole <<*diverse dalla cattolica*>>.

Nella relazione che ha accompagnato la proposta si può leggere la *ratio* celata dietro le "nuove" formulazioni. A parere dell'autore si sarebbe dovuto "*molto più semplicemente proporre la soppressione dell'art. 7 senza altre sostituzioni*", ma la soluzione adottata era giustificata dall'opportunità di "*chiarire che, se mai, riconoscimenti e rapporti possono riguardare gli Stati e non più le comunità religiose comunque organizzate, per le quali provvede l'art. 8*", nonché dalla possibilità di procedere, con la nuova formulazione dell'art. 7, "*a riformulare, con alcune soppressioni e modifiche – quali in particolare quelle degli artt. 1 e 8 e parte degli artt. 21 e 23 – ma anche con i necessari aggiornamenti, il Trattato che istituisce e deve garantire piena sovranità e indipendenza allo Stato della città del Vaticano in quanto sede della Chiesa cattolica nel nostro territorio nazionale*"³¹⁴. Al di là dei problemi che siffatte novità lascerebbero comunque aperti³¹⁵ pare in questa sede di poter accogliere con favore la volontà di spostare il piano entro cui debbono svolgersi i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica, non più quello strettamente costituzionale, bensì quello internazionale. Apprezzabile anche l'eliminazione di quelle poche parole capaci di sottolineare la discriminazione tra confessioni acattoliche e confessione cattolica. Nella visione del proponente, una volta liberato l'art. 8 Cost. dalle formule anguste ormai note, che sono scaturite anche dalla sua collocazione, consequenziale all'art. 7 Cost., e riconosciutogli il ruolo di *regola generale*

³¹⁴ *Ibidem*, p. 63.

³¹⁵ Sui quali v. A. RAVÀ, *Problemi residui e nuovi in tema di libertà religiosa*, in A.A. V.V. *Individuo, gruppi, confessioni religiose cit.*, pp. 9 ss.

valevole per i rapporti con tutte le confessioni religiose senza eccezione alcuna, verrebbe spianata la strada affinché tale norma riceva compiuta espansione. Manca però la considerazione del problema se tale regime applicato alla Chiesa possa davvero costituire un radicale superamento dei difetti del precedente; nel senso che a voler sostituire lo strumento concordatario con la disciplina delle intese si otterrebbe un mero mutamento nominale - per cui piuttosto che continuare a parlare di Concordato/Intese semplicemente si parlerebbe di sole "Intese" - ma non verrebbe eliminata l'eventualità che la Chiesa cattolica, vantando sue specifiche esigenze e caratteristiche peculiari, possa "concordare" nuovamente lo *status* di privilegio di cui attualmente gode. C'è da ribadire che certamente anche l'articolo 8 Cost. merita una *revisione* che ne elimini le imprecisioni e ne colmi le lacune, altrimenti si corre il rischio di rimanere affondati in tutti quei problemi che abbiamo annunciato e che la dottrina sta ormai dibattendo da più di mezzo secolo.

Qualche anno dopo, precisamente nel 1972, venne presentata alla Presidenza della Camera un'altra proposta di legge costituzionale, questa volta a firma dell'on. Lelio Basso³¹⁶. La proposta Basso prevedeva la sostituzione degli articoli 7 e 8 Cost. con i seguenti:

³¹⁶ Il primo schema della proposta è apparso sulla rivista *Astrolabio* nel 1970, ma in Parlamento venne poi presentato un progetto parzialmente diverso. Secondo tale schema iniziale, gli artt. 7 e 8 Cost. avrebbero dovuto essere sostituiti con i seguenti:

Art. 7: <<Tutte le confessioni religiose godono, dinanzi alla legge, di eguale libertà nell'esercizio del proprio ministero spirituale.

Ad esse la Repubblica riconosce il diritto di darsi propri ordinamenti, nonché la piena indipendenza nello svolgimento della missione religiosa, escluso ogni intervento da parte dello Stato>>.

Art. 8: <<Le attività ecclesiastiche, in quanto afferenti a interessi diversi da quelli propriamente spirituali, sono disciplinate dalla legge (comune), nel rispetto dell'indipendenza delle confessioni religiose.

È fatta salva l'adozione concordata di norme speciali, rispondenti a specifiche effettive esigenze prospettate dalla singole confessioni religiose. Tale regolamentazione non può comunque ledere i diritti costituzionali garantiti ai cittadini>>.

Art. 7: <<*Tutte le confessioni religiose hanno pari dignità sociale e sono eguali di fronte alla Stato; esse godono altresì di pari libertà nell'esercizio del loro ministero.*

Ad esse la Repubblica garantisce il diritto di darsi propri ordinamenti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano, nonché la piena indipendenza nello svolgimento della loro missione, escluso ogni intervento da parte dello Stato>>.

Art. 8: <<*I rapporti fra lo Stato e le confessioni religiose sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze; tale regolamentazione deve rispondere alle specifiche effettive esigenze avanzate dalle singole confessioni, senza comunque ledere la libertà religiosa e l'eguaglianza a tutte garantite, nonché i diritti costituzionali garantiti ai cittadini.*

Le attività ecclesiastiche, in quanto afferenti ad interessi diversi da quelli propriamente spirituali sono disciplinate dal diritto comune nel rispetto della indipendenza delle confessioni religiose>>.

Il progetto si occupava anche dell'aspetto individuale del fenomeno religioso, prevedendo una modifica dell'art. 19 Cost. del seguente tenore:

Art. 19: <<*La libertà della fede e della coscienza è inviolabile. Tutti hanno il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari a buon costume.*

La discussione sulle materie religiose è pienamente libera>>³¹⁷.

Si nota immediatamente l'impegno chiarificatore dell'autore che ha tentato di costruire norme quanto più dettagliate possibili, in modo da lasciare il minimo margine di discrezionalità circa la loro attuazione e

³¹⁷ Il testo della proposta di legge può leggersi in *Atti parlamentari – Camera dei deputati, V legislatura – Documenti disegni di legge e relazioni*, n. 4033. La proposta Basso ha costituito oggetto di un importante Convegno tenutosi a Siena tra il 30 novembre e il 2 dicembre 1972 i cui atti sono stati raccolti nel volume *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico* più volte citato.

applicazione. Eppure la proposta non è stata ritenuta pienamente coerente con le premesse che l'hanno accompagnata.

Il fulcro dell'iniziativa sembra consistere in una ristrutturazione dei rapporti tra Stato e confessioni più adeguato allo spirito dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, precipuamente laicità e democraticità dello Stato; uguaglianza e libertà di tutte le confessioni religiose. A tale scopo è convalidata la scelta dello strumento delle intese con le singole confessioni, sul quale, oltre a tutto ciò che è stato sinora detto, c'è solo da aggiungere che quand'anche in ipotesi venisse valutato come il solo capace di consentire il superamento del giurisdizionalismo concordatario evitando al tempo stesso i rischi insiti nell'attuazione del sistema separatista³¹⁸, non pare comunque in grado di evitare di discriminare al suo interno tra religiosità e ateismo³¹⁹. Difatti il metodo della rilevanza e della regolamentazione speciale del fenomeno religioso finisce inevitabilmente o col favorire una fede sulle altre ovvero la religiosità in genere sull'ateismo e sull'agnosticismo. Quindi pare di dover aderire piuttosto all'opzione del superamento di tale regime, riconoscendo che in linea di principio il pieno rispetto della laicità e dell'incompetenza dello Stato in materia religiosa dovrebbe implicare l'impegno a non emanare alcuna legislazione speciale che desse rilevanza al fattore religioso³²⁰.

³¹⁸ Sui quali cfr. P.A. D'AVACK, *Rilievi preliminari sulla riforma del Concordato lateranense*, in "Studi per la revisione del Concordato", Padova, 1970, pp. 14-15.

³¹⁹ F. ONIDA, *La tutela dell'eguaglianza e della libertà religiosa nel separatismo e nel sistema delle intese tra Stato e confessioni*, in AA. VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose* cit., pp. 655-685, p. 667.

³²⁰ *Ibidem*, p. 669.

4.2 L'ipotesi della revisione ermeneutica: la dichiarazione di incostituzionalità di norme costituzionali.

Le pronunce della Corte costituzionale hanno non di rado “guidato il cambiamento del nostro ordinamento adeguandolo ai principi e alle regole della nostra Costituzione”³²¹, al punto che “non si dubita che la Corte abbia in una certa congiuntura visto il proprio ruolo come quello di ‘motore’ prima, e di ‘gestore’ poi delle riforme”³²².

Considerate le possibilità teoriche del sindacato di costituzionalità sul “nuovo” Concordato, nonché le condizioni e i contenuti del principio di laicità – in termini di “libertà religiosa e pluralismo confessionale; autonomia confessionale, bilateralità ed eguaglianza” –, è da ritenersi pacifico che la Corte abbia la libertà di sindacare la normativa concordataria alla luce delle “più varie possibili violazioni della Costituzione, senz’altro di tutte quelle che mettono in campo l’eguaglianza”³²³.

È manifesto oramai che il complesso delineato dagli articoli 7 e 8 Cost. collide con numerose norme e principi costituzionali, persino con principi indubbiamente rientranti nella categoria dei “supremi”. Conseguentemente, si apre un grande spazio di manovra per la giustizia costituzionale, che avrebbe la possibilità di dichiarare l’incostituzionalità di tutte quelle disposizioni cui il 7 e l’8 Cost. aprono le porte del sistema giuridico, *quantomeno* con riguardo a quelle che si traducono in lesioni dei principi supremi di laicità, di eguaglianza, di libertà religiosa. Questi ultimi sono stati spesso utilizzati dalla Corte per saggiare la legittimità di

³²¹ A. PACE, *La Corte costituzionale nell’esperienza di un avvocato*, in “Giornale di storia costituzionale”, 11/2006, p. 106.

³²² A. RUGGERI, *Corte e organi d’indirizzo politico*, in *La Corte costituzionale compie cinquant’anni*, in *Foro.it*, 2006, V, 1, pp. 315 ss.

³²³ B. RANDAZZO, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 262. L’autrice prosegue ritenendo che oggi, la differenza tra sindacato pieno e sindacato limitato ai principi supremi, con riguardo alla legislazione ecclesiastica, può risultare in concreto alquanto sfumata.

atti o di norme confessionali che siano dirette a produrre determinati effetti non solo nell'ordinamento canonico, bensì anche all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato³²⁴. Oggi si fanno largo a tal fine anche gli "ordinari" principi costituzionali che, insieme ai "supremi", compongono i *test* di ragionevolezza, di non arbitrarietà, di giustizia delle <<deroghe al diritto comune>> apportate da concordato e intese³²⁵.

Ma qui si vuole sostenere che siano proprio gli articoli 7 e 8 Cost. a poter essere giudicati incostituzionali, puntando sulla massima espansione dell'efficacia dei principi supremi. Sotto un'ottica interpretativa, un ostacolo a questa eventualità sembra ravvisarsi nella visione di coloro che ritengono che il limite imposto dai suddetti principi possa valere unicamente nei confronti delle leggi formalmente costituzionali e non anche nei confronti delle norme originarie della Costituzione. Tuttavia, al contrario di quanto generalmente si pensi, la ipotizzata "*gerarchia fra norme costituzionali*" che gran parte della dottrina ha teorizzato a seguito della pronuncia della Corte sui principi supremi, non può farsi valere soltanto nei confronti delle suddette leggi, ritenute espressione di potere costituito, per delle ragioni logiche ancor prima che giuridiche.

Si è fin qui tentato di dimostrare (v. *supra*, Cap. II, par. 4. Il passo in più (tra le teorie costituzionali).), *in primis*, come il fatto che la Corte abbia enucleato una categoria di principi immodificabili e sottratti a revisione non implichi necessariamente la creazione di un gradino *super-costituzionale* nella c.d. gerarchia delle fonti; per il semplice fatto che i principi supremi non si pongono su una *scala gerarchica*, ma piuttosto condizionano l'ordinamento costituzionale per intero, in quanto appartengono all' <<essenza dei valori supremi sui quali si fonda la

³²⁴ Lo ricorda P. LILLO, *I confini dell'ordine confessionale nella giurisprudenza costituzionale* cit., p. 498.

³²⁵ Cfr. B. RANDAZZO, *Diversi ed eguali* cit., p. 283 e ss. e N. COLAIANNI, *Laicità e prevalenza delle fonti* cit., p. 206 ss.

Costituzione italiana>>. Questa precisazione serve per rispondere a coloro che sostengono che con la sentenza n. 1146/1988 la Corte costituzionale abbia arbitrariamente modificato la gerarchia delle fonti, e per sottolineare semplicemente che la questione circa la loro superiorità non attiene al <<rango>> o <<grado>> formale, bensì al <<contenuto di valore>> che essi esprimono, da cui si ricava la loro assoluta supremazia assiologica. La Costituzione dunque, va considerata tanto nel contesto delle *gerarchie* formali in cui è collocata, quanto nell'*ordine* sostanziale che caratterizza il suo variegato contenuto normativo: un contesto e un ordine che vanno intesi nella loro reciproca influenza dialettica³²⁶.

In secundis, opera a nostro favore la teoria della *pari-ordinazione* della Costituzione e delle leggi formalmente costituzionali³²⁷, dalla quale si fa discendere, ragionando per analogia, che se è stata affermata la validità della categoria dei principi supremi quale limite implicito nei confronti delle leggi di revisione costituzionale, necessariamente essa dovrà operare anche nei confronti delle norme costituzionali, le quali potrebbero così essere sottoposte al vaglio dei principi supremi in quanto fonti parificate alle leggi di revisione.

In tertiis, esiste un *nucleo essenziale di valore* che va protetto anche nei confronti delle stesse norme testualmente costituzionali, dovendosi *rivedere* il concetto di "costituzione"³²⁸ e distinguere la Costituzione intesa

³²⁶ A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini* cit., p. 3270. Prosegue l'autore: "In quanto (anche) insieme di valori e principi giustificativi (...) la costituzione rappresenta un ordine normativo superiore, il cui contenuto di principio (=sostanza, essenza) non è indifferente al fine di concepirlo o <<ricostruirlo>> sistematicamente, ma va compreso nelle sue interne gerarchie di valore e nei suoi legami di correlazione fra principi fissati materia per materia".

³²⁷ Sulla quale si rimanda a S.M. CICONETTI, *La revisione della Costituzione*, Padova, Cedam, 1972.

³²⁸ Com'è noto, molteplici sono le possibili ricostruzioni teoriche della Costituzione. Tra le più recenti e ai nostri fini si segnala la c.d. concezione circolare/stellare, secondo la quale la Costituzione può essere immaginata come una struttura geometrica a cerchi concentrici, ove i valori costituzionali sono articolati in forma complessa su più livelli, fra loro integrati da vincoli di varia natura. Per ciascun

nelle sue norme originarie da *La Costituzione* intesa nel suo nucleo assiologico-valoriale assolutamente irretrattabile. Al suo interno rientrano i diritti inviolabili dell'uomo, come il diritto alla vita, alla libertà personale, il diritto di difesa, i valori dell'eguaglianza e del pieno sviluppo della persona e via dicendo; ma pure quei principi-valori che la Corte ha avuto modo di rendere manifesti, tra i quali, certamente, il principio di laicità dello Stato. Ne consegue che, in ogni costituzione positiva, in dipendenza dell'opzione costituzionale di fondo, si distinguono vari livelli di elevatezza delle norme-principio, tale che, mentre alcuni sono considerati come <<valori fondanti>> (= principi supremi), altri sono ritenuti come <<principi strumentali>> o <<principi fondati>> rispetto a quelli <<supremi>>³²⁹.

livello di valore esiste un corrispondente livello di illecito costituzionale, per cui, ad esempio, ai livelli del c.d. <<nucleo duro universale>> (che coincide con il patrimonio intangibile di valori propri dello *Ius Publicum Europeum* e caratterizza tutti gli ordinamenti liberaldemocratici e personalisti), nonché al livello del c.d. <<nucleo duro particolare>> (che configura un patrimonio intangibile di valori, ma specifico di un dato ordinamento) corrispondono comportamenti *anti-costituzionali*, come tali sanzionabili, oltre che dalla Corte Cost. ex sent. n. 1146/1988, anche dal *quisque e populo*. L'<<evoluzione>> di tale teoria ricorre all'immagine di una stella a cinque punte, a ciascuna delle quali corrisponde un carattere fondamentale dell'ordinamento costituzionale. In particolare, le tre punte in alto rappresentano la separazione dei poteri, i diritti fondamentali e il controllo di costituzionalità, mentre le due punte in basso costituiscono democrazia e decentramento istituzionale. Al centro sta il principio super- o meta-costituzionale della dignità della persona umana inteso quale vero e unico fine dell'ordinamento, capace di risolvere <<dall'esterno>> le antinomie <<interne>> fra principi costituzionali. La teoria della struttura a cerchi concentrici e il suo sviluppo stellare esprimono una concezione della Costituzione non certo auto-referenziale, ma aperta e neo-giusnaturalista o, meglio, ispirata a un positivismo illuminato. Tale breve sintesi è tratta da A. SPADARO, *Costituzione (Dottrine generali)* cit., pp. 1634-1635, e ID., *L'idea della Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni "geometriche" dell'"albero" della Costituzione e un'unica, identica "clausola d'Ulisse"*, in *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism context*, (a cura di) F. FERNÁNDEZ SEGADO, Madrid, Dikynson S.L. ed., 2003, p. 169 ss., e in "Revista Brasileira de Direito Constitucional", n. 6/2005.

³²⁹ Cfr. A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini* cit., che precisa: "Questa è una convinzione, che lungi dall'essere originale e tanto meno solo mia, è condivisa, da vari decenni, dalle principali corti costituzionali dell'Occidente (*preferred freedoms* in USA, *Wertsystem* in Germania, ecc.), inclusa quella italiana (...). È chiaro che si tratta di una convinzione che si scontra frontalmente con il concetto (puramente formale) di costituzione proprio del <<positivismo giuridico>>".

A favore di questa posizione muovono sia una lettura secondo la *ratio* delle parole della Corte, dalla quale si ricava la volontà di far operare i principi supremi ogni volta che vi sia la necessità di tutelare l'ordinamento nei suoi caratteri *identitari* – quindi a prescindere dalla *forma* della violazione, sia essa una norma ordinaria o costituzionale –; sia ragioni di coerenza dell'ordinamento, non potendo quest'ultimo tollerare aporie logiche e assiologiche.

D'altra parte già Jemolo nel lontano 1946 indicava quale funzione precipua della Corte quella di vigilare sulla rispondenza delle leggi allo "spirito della Costituzione"³³⁰, il che lascia plausibilmente intendere come il controllo di costituzionalità possa spingersi oltre il dato puramente testuale. Sotto questo profilo, non è importante, ad esempio, che il parametro del principio di laicità non abbia ancora trovato "ingresso nel nostro lessico normativo"³³¹, giacché le sentenze della Corte, pur non essendo fonti del diritto *stricto sensu*, producono diritto costituzionale "vivente", che eccede il testo formale, proprio attraverso i principi. Non a caso, l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale ha portato ad attribuire un sempre maggior rilievo agli interessi e ai valori sottostanti alla disciplina costituzionale, con l'effetto di spostare l'asse del giudizio di costituzionalità dalle norme ai principi, "*dal confronto fra norme al 'bilanciamento' tra diversi interessi e valori sottesi alle norme*"³³², comportando una risoluzione e una mediazione che rispondano alla logica della "ragionevolezza".

Conseguentemente, qualora non si volesse giungere alla revisione degli articoli 7 e 8 Cost. attraverso una legge costituzionale

³³⁰ A.C. JEMOLO, *Che cos'è la Costituzione*, ult. ed., con *Introduzione* di G. Zagrebelsky e *Postfazione* di A. Cavaglioni, Roma, Donzelli, 2008, p. 36.

³³¹ C. MIRABELLI, *Prospettive del principio di laicità dello Stato*, in "Quad. di dir. e pol. eccl.", 2/2001, p. 331.

³³² CHELI E., *Il giudice delle leggi. La corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 19.

"costituzionalizzante"³³³, si può sostenere la loro revisione per via ermeneutico-giudiziale attraverso una dichiarazione di incostituzionalità, trattandosi di norme presenti negli enunciati costituzionali che sono incostituzionali per contrasto con ben più rilevanti e irriformabili principi supremi³³⁴. Ovvio che una tale competenza spetterà al Supremo giudice che si qualifica indiscutibilmente come organo di chiusura del sistema, garante della coerenza dell'ordinamento e da ultimo, "custode di valori fondamentali"³³⁵. Tecnicamente, i giudici costituzionali non farebbero altro che esercitare quello stesso compito che alla magistratura ordinaria è affidato a livello di norme ordinarie, ossia proprio la composizione delle antinomie. Invero, se la Corte, nei testi normativi, incontra dei comandi incompatibili, deve procedere a far prevalere, anche totalmente, una disposizione sull'altra e riportare coerenza al testo³³⁶.

Sembra che i giudizi in questa materia non possano che avere come base di partenza il diritto costituzionale "vivente", che è possibile riassumere nei seguenti punti³³⁷:

- i) dagli articoli 3 e 19 della Costituzione si ricava il divieto di discriminazione per motivi religiosi e il riconoscimento della libertà negativa di non professare alcuna religione;
- ii) le "ragionevoli" differenzazioni di trattamento tra cittadini di religione diversa o non aventi alcuna religione non possono essere giustificate sulla base di un criterio *quantitativo*, perché le disposizioni costituzionali tutelano la libertà religiosa del

³³³ Cioè, più che di una legge di revisione vera e propria, si tratterebbe di una legge di conferma, *rectius* di inveroamento costituzionale.

³³⁴ Si tratta a ben guardare di un caso di *verfassungswidrige Verfassungsnormen* come sostiene L. LOMBARDI VALLAURI, *Intervento cit.*, p. 28. Per approfondire si v. l'opera di O. BACHOF, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, Tübingen, Mohr, 1951.

³³⁵ CHELI E., *op. ult. cit.*, p. 41.

³³⁶ Ragioni di coerenza sostenute anche da M. CROCE, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano cit.*, p. 96.

³³⁷ Individuati da M. CROCE, *op. ult. cit.*, p. 191, e qui riproposti con qualche variazione.

singolo indipendentemente dal numero degli appartenenti al suo stesso credo;

- iii) Il "sentimento religioso" eventualmente tutelabile è quello individuale, e deve interpretarsi nel senso più ampio del termine, comprensivo ovviamente dell'accezione "negativa", nonché di altre "convinzioni" non propriamente religiose che pure concorrono al "pieno sviluppo della persona";
- iv) Lo Stato non può, direttamente o indirettamente, imporre l'aderenza a una qualsiasi religione, dovendo mantenere un atteggiamento di equidistanza e imparzialità che costituisce il riflesso del principio supremo di laicità caratterizzante la nostra forma di Stato;
- v) Lo Stato deve impegnarsi per garantire dei livelli minimi di tutela a tutte le confessioni religiose, al fine di salvaguardare il pluralismo e il "diritto alla diversità";
- vi) Fra i principi supremi rientrano anche gli artt. 3 e 19 Cost., per cui di fronte ad essi devono necessariamente cedere gli artt. 7 e 8 Cost., o quantomeno devono essere interpretati in modo da non ledere i primi.

In conclusione, il nostro diritto costituzionale offre valide ragioni per agire, poiché contiene tutti gli elementi necessari e sufficienti a svolgere un sindacato di costituzionalità capace di far riespandere il *diritto comune*. È infatti il caso di ribadire che il diritto comune sarebbe in grado, assieme alla tutela comune dei diritti inviolabili dell'uomo, di disciplinare la materia religiosa per intero, e che la rinuncia allo *status* eccezionale previsto per le confessioni religiose dagli artt. 7 e 8 Cost. consentirebbe di

rimuovere una volta per tutte le inaccettabili discriminazioni che da essi scaturiscono³³⁸.

4.2.1. *Verfassungswidrige Verfassungsnormen.*

Il *topos* delle *verfassungswidrige Verfassungsnormen* (letteralmente "norme costituzionali anticostituzionali") può inserirsi, con estrema genericità, in quell'ordine di idee per cui tutte le costituzioni sono in qualche modo subordinate a taluni principi o diritti superiori, scaturenti dalla *internazionalizzazione* e *costituzionalizzazione* dei diritti, che ben compongono un "*diritto positivo sovra-legale*" la cui inosservanza implica quindi l'*invalidità* del diritto contrario³³⁹.

Originata da una corrente dottrina tedesca, certi autori - in particolare Krüger e Giese - hanno accreditato l'ipotesi per cui sono materialmente incostituzionali quelle norme di grado inferiore (solo formalmente costituzionali) contrarie a un precetto fondante della Costituzione. A tal fine, la dottrina tedesca ha ritenuto che alla base della distinzione tra norme formali e norme materiali costituzionali vi sia un differente peso normativo, nel senso che certe norme hanno un contenuto fondamentale in quanto esprime i precetti fondanti dello Stato di diritto. Quindi sarà affetta da incostituzionalità quella norma che contraddice le norme di maggior peso normativo, posto che queste ultime

³³⁸ Cfr. S. LARICCIA, *Meglio la Costituzione che una legge dello stato a garanzia dell'uguaglianza e delle libertà in materia religiosa* cit., il quale sostiene che gli articoli 7 e 8 si rivelano norme *non necessarie*. La loro rimozione infatti non creerebbe un vuoto normativo, perché a livello costituzionale la materia religiosa resterebbe disciplinata dagli articoli 19 e 20 Cost., e a livello ordinario si renderebbero applicabili le norme di diritto comune per una compiuta privatizzazione del fenomeno. L'A. conclude il suo scritto affermando: "Per la garanzia dei diritti di libertà e di uguaglianza dei cittadini e dei non cittadini in Italia è meglio che rimangano nella loro pienezza le garanzie contemplate nella costituzione e che il potere di interpretarne il contenuto ed i limiti continui a spettare alla corte costituzionale e ai giudici ordinari del nostro paese".

³³⁹ G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Nota sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 310 ss.

contengono l'essenza vitale dello Stato, la sua spina dorsale, rivelando la sua origine, la sua propria identità³⁴⁰.

Sostenuto anche da Otto Bachof nel suo lavoro "*Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*", lo stesso pensiero si riflette nella seguente dichiarazione: "(...) *potrebbe succedere che una norma costituzionale di significato secondario, vale a dire una norma solo formalmente costituzionale, sia in contrasto con un precetto fondamentale della Costituzione materiale: ora, da costituzionalisti tanto illustri quali Krüger e Giese fu difesa l'opinione per cui, in caso di simile contrasto, la norma costituzionale di rango inferiore sarebbe incostituzionale e invalida*"³⁴¹.

L'idea centrale del lavoro del professor Otto Bachof trova riscontro nell'analisi del rapporto vivo che intercorre tra il diritto sovra-legale e la Costituzione. Egli, ritenendo che il diritto sovra-legale sia inerente allo Stato di diritto e sia quindi "materia" di Costituzione, affida anche alle norme formalmente costituzionali il compito di implementare tale diritto. Quindi, distingue la figura dell'*incostituzionalità* di una legge contraria a una norma costituzionale che positivizza diritto sovra-legale (sia essa formale o materiale), dalla *illegittimità* di una norma costituzionale che viola il diritto sovra-legale positivizzato nella Costituzione. Si pone inoltre sullo stesso piano il diritto sovra-legale e il contenuto fondamentale della Costituzione. Nelle parole di Bachof: "[...] *l'incorporazione materiale dei valori supremi nella Costituzione comporta, tuttavia, che ogni violazione di diritto sovra-legale, di questo tipo, appare (...) allo stesso tempo come violazione del contenuto fondamentale della Costituzione*"³⁴².

³⁴⁰ Cfr. A.L. CARVALHO ESTRELLA, *op. ult. cit.*, par. VI.

³⁴¹ O. BACHOF, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, Tübingen, Mohr, 1951, nella versione portoghese di J.M. CARDOSO DA COSTA, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, Coimbra, Almedina, 1994, p. 55.

³⁴² O. BACHOF, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, trad. di J.M. Cardoso da Costa cit., p. 63.

Al fine di comprendere meglio il contesto entro cui si colloca la teoria in esame, può farsi riferimento alle limpide parole della Corte costituzionale federale tedesca. In una decisione del 21 Aprile 1950, essa affermava: *<<i> i principi costituzionali fondamentali sono a tal punto espressione di un diritto pre-esistente alla Costituzione stessa che le altre disposizioni costituzionali, alle quali non può essere assegnato lo stesso valore, possono essere, se li offendono, vizzate di nullità >>*. E il 14 marzo 1951: *<<i> il potere costituente è esso stesso soggetto a norme di legge, e la sua essenza e il suo spirito sono al servizio dei valori morali che rappresentano la dignità umana e l'equità, nonché al servizio della libertà >>*.

Nel 1953, la Corte costituzionale tedesca ha avuto modo di occuparsene nell'ambito di una causa concernente il principio della parità tra i sessi – riconosciuto principio di giustizia sostanziale – e l'opportunità di imporre in base ad esso una revisione costituzionale³⁴³. La massima della sentenza recitava: *<<La norma di una costituzione può essere nulla se viola i postulati fondamentali di giustizia che appartengono alle decisioni di base della Costituzione stessa, in misura assolutamente intollerabile >>*. Di seguito, nella motivazione, veniva considerato: *<<La Costituzione può essere concepita solo come unità. Ne consegue che, a livello della Costituzione stessa, ci sono norme di rango inferiore e norme di rango superiore, le quali possono essere commisurate le une alle altre (...). È nella natura stessa del pouvoir constituant, che esso possa statuire eccezioni ai suoi stessi principi fondamentali le quali sono da valutare in base al primato della legge particolare sulla legge generale >>*³⁴⁴. Tuttavia: *<<L'ipotesi che il costituente originario sia in grado di organizzare tutto secondo la Sua volontà significherebbe un ritorno alla mentalità avalutativa del positivismo legalista che è stata da tempo superata nella dottrina e pratica*

³⁴³ BVerfGE 3, 225 - Gleichberechtigung. In questione era il contrasto tra l'articolo 3, comma 2, GG e l'articolo 117, comma 1, GG. Il testo integrale della sentenza è reperibile all'indirizzo www.servat.unibe.ch/dfr/bv003225.html.

³⁴⁴ Paragrafo 20, BVerfGE 3, 225.

giuridiche. Proprio il tempo del regime nazista in Germania ha dimostrato che anche il legislatore può costituire ingiustizia, e che pertanto, (...) in casi estremi, la precedenza deve essere data al principio di giustizia sostanziale che prevale sulla certezza del diritto, (...). Che si tratti di un'eccezione è fuori dubbio ed è, per esempio, quanto afferma Radbruch nel suo saggio "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht"³⁴⁵: "Il conflitto tra la giustizia e la certezza del diritto dovrebbe quindi essere risolto nel senso che il diritto positivo (...) sicuramente ha la precedenza, anche quando esso è, nel contenuto, ingiusto e inappropriato, a meno che la contraddizione del diritto positivo rispetto alla giustizia raggiunga una misura così intollerabile che la legge deve, come legge "scorretta" o "sbagliata", cedere alla giustizia"³⁴⁶. Si specificava comunque che: <<La probabilità che un costituente liberal-democratico varchi questi limiti è talmente minima che la possibilità teoretica di "norme costituzionali incostituzionali" appartenenti alla Costituzione originaria quasi equivale a una pratica impossibilità>>³⁴⁷[omissis]³⁴⁸.

Ad ogni modo: <<Se si ammette la sia pure remota pensabilità di "norme costituzionali anticostituzionali" è in effetti logico trasferire un tale accertamento al potere giudiziario, la cui autorità si fonda non solo esternamente alla Costituzione, ma – conformemente all'essenza della propria attività - per certi versi sull'idea stessa del diritto. La consapevolezza che ci potrebbero essere norme

³⁴⁵ G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* cit., p. 353. Ristampata in ID., *Rechtsphilosophie*, 4a ed., 1950, p. 347 ss.

³⁴⁶ Paragrafo 21, BVerfGE 3, 225.

³⁴⁷ Paragrafo 23, BVerfGE 3, 225.

³⁴⁸ Paragrafo 26, BVerfGE 3, 225: <<(...) nel moderno Stato costituzionale, i giudici sono creature della Costituzione, e traggono le loro funzioni direttamente o indirettamente, ai sensi della Costituzione, in modo che abbiano a svolgere in linea di principio solo i compiti che li attendono in virtù della Costituzione. Parte della scienza del diritto ha quindi in generale negato la funzione di controllo della magistratura sulla stessa Costituzione (cfr. Apel, NJW 1952, p. 733, con ulteriori rinvii). (...) Al contrario, essa è sostenuta da altri (vedi Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen*, in "Recht und Staat", n. 163/164, p. 11 ss, e NJW 1952, p. 242, con ulteriori riferimenti), cioè che la Corte costituzionale federale deve garantire l'integrità delle decisioni fondamentali che stanno alla base della Costituzione e della forma concreta che esse hanno ricevuto nella Legge fondamentale, e quindi, *mutatis mutandis*, deve sottoporre ad esame le norme costituzionali alla luce della volontà della Costituzione (...)>>.

incostituzionali nella Costituzione stessa perderebbe quasi ogni valore se si affidasse la rimozione di simili norme esclusivamente a una legislazione costituzionale emendatrice. Invece, non vi è alcun dubbio che la Corte costituzionale federale non possa, con l'affermazione di questa competenza di verifica, attribuirsi arbitrariamente potere costituente, perché il controllo giurisdizionale nella sua funzione difensiva è essenzialmente qualcosa di diverso dalla funzione legislativa propria del legislatore, inoltre questa competenza di verifica rispetto alle norme costituzionali originarie, come già detto, si svolge, in base alla natura stessa della cosa, in un ambito così ristretto che l'accertamento giurisdizionale di nullità di una disposizione costituzionale originaria, difficilmente si verifica>>³⁴⁹. Quindi: <<La certezza giuridica può in una certa misura ed entro un certo limite di tempo essere legittimamente derogata, solo quando risulta particolarmente necessario per il legislatore adattare certi vincoli alla realizzazione di giustizia sostanziale>>³⁵⁰.

È in questo senso dunque che la dottrina tedesca parla di norme costituzionali (della Costituzione legale o giuridica) incostituzionali (che feriscono valori fondamentali recepiti nella Costituzione)³⁵¹. E poiché sarebbe insostenibile la permanenza di incoerenze nel sistema giuridico, la violazione dell'ordine di valori costituzionali – “[...] *dei postulati di giustizia fondamentale in misura insopportabile*” – implicherebbe un controllo di legittimità della norma costituzionale³⁵². In tutto ciò “*non vi è nulla di rivoluzionario, (...) perché semplicemente [si considera] inapplicabile una norma del costituente originario quando è in evidente e insanabile conflitto con un'altra disposizione dello stesso testo costituzionale reputata di maggior peso o di più alto valore*”³⁵³.

³⁴⁹ Paragrafo 27, BVerfGE 3, 225.

³⁵⁰ Paragrafo 35, BVerfGE 3, 225.

³⁵¹ A.L. CARVALHO ESTRELLA, *op. ult. cit.*, par. VI.2.

³⁵² *Ibidem*, par. X.

³⁵³ N. SOUSA SAMPAIO, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n° 85, 1985, p. 6.

4.2.2. *segue*: la Formula di Radbruch.

La sentenza da ultimo citata della Corte federale tedesca richiede in qualche modo di essere "contestualizzata". Nelle sue parole riecheggiano vagamente gli orrori provocati dal nazismo sotto la corazza delle sue leggi e dei suoi ordini ingiusti, ciò che aveva indotto molti giuristi ad affrontare il problema della loro validità. In questo scenario si colloca la formula resa celebre da Gustav Radbruch, elaborata proprio per tentare di offrire risposta all'antico e periodico dilemma scaturente dalla possibilità che leggi disumane e immorali si trincerassero dietro il concetto di "diritto"; concetto che da sempre esprime un complesso di valori positivi collegati all'idea di giustizia³⁵⁴. Difatti, nelle parole dell'autore, <<*dove non vi è neppure aspirazione alla giustizia, dove nel porre diritto positivo venne di proposito negata l'eguaglianza, che costituisce il nucleo della giustizia, là la legge non è soltanto "diritto ingiusto", ma piuttosto sfugge del tutto alla natura di diritto*>>³⁵⁵. Allora <<*di fronte a leggi che consapevolmente negano una volontà di giustizia (...) i giuristi debbono trovare il coraggio di negare ad esse il carattere di diritto*>>³⁵⁶.

Questa, dunque, l'annosa domanda: un diritto gravemente ingiusto, ma valido, è un diritto al quale è dovuta osservanza nonostante la sua ingiustizia? In generale, l'interesse di Radbruch nasceva dalla volontà di ricercare un criterio che fungesse da limite del carattere giuridico di una norma, di un complesso di norme, o di un intero sistema, oltre il quale non si sarebbe più potuto parlare di diritto, ma piuttosto di un *diritto*

³⁵⁴ La formula è apparsa per la prima volta in un breve articolo del suo autore intitolato *Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht* pubblicato nella rivista "Suddeutsche Juristenzeitung" del 1946. Per approfondire si v. il volume di G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Nota sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista* cit., del quale faccio qui largo uso per la spiegazione della citata formula e per la traduzione dei passi originali del Radbruch.

³⁵⁵ G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht*, in "Suddeutsche Juristenzeitung", 1946, p. 107.

³⁵⁶ G. RADBRUCH, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, in "Rheinische Zeitung", 1945.

assolutamente invalido, destinato a cedere di fronte alla giustizia³⁵⁷, perché <<quando la ingiustizia del diritto positivo raggiunge una tale misura da far sì che la certezza del diritto, garantita dal diritto positivo, non ha più alcun peso, allora il diritto positivo ingiusto deve cedere alla giustizia>>³⁵⁸.

In estrema sintesi, la formula in esame si compone di due elementi, l'uno negativo e l'altro positivo: il primo è dato dall'affermazione di *intollerabilità* e dunque d'invalidità, nel senso che si nega il carattere di diritto a norme che per l'ingiustizia profonda del loro contenuto perdono quel carattere dando luogo a diritto invalido; il secondo è dato dal riconoscimento di un diritto sovra-legale o sovra-positivo che si sovrappone al diritto positivo e lo sostituisce come unico diritto valido, ancorché non posto da alcuna fonte legale o analoga³⁵⁹. Si può dire che dalla formula di Radbruch emergono essenzialmente i seguenti orientamenti: l'imprescindibile esigenza di non affidarsi ciecamente alla mera legge positiva; la ricerca della validità della legge in virtù del suo contenuto e della sua conformità a giustizia, *rectius* l'individuazione di valori sovra-positivi per confermare o meno la validità delle norme positive; la perenne tensione del binomio inscindibile giustizia-certezza del diritto³⁶⁰, in un quadro dove è opportuno accettare nel diritto una certa dose di *incertezza giuridica*³⁶¹.

Si tratta evidentemente di un formula assai indeterminata da utilizzarsi con estrema prudenza, per ammissione del suo stesso autore, date le difficoltà ad essa connesse in ordine alla individuazione della

³⁵⁷ G. VASSALLI, *op. ult. cit.*, p. 280.

³⁵⁸ G. RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, tradotta con il titolo *Propedeutica alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1959.

³⁵⁹ G. VASSALLI, *op. ult. cit.*, p. 283-284.

³⁶⁰ Giustizia, conformità al fine e sicurezza o certezza del diritto, sono tre principi che si contendono perennemente la signoria sull'ordinamento giuridico secondo il pensiero di Radbruch spiegato da V. PALAZZOLO, *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, in "Archivio della cultura italiana", 1941, p. 103 ss.

³⁶¹ E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e Legge fondamentale*, a cura e con saggio introduttivo di C. AMIRANTE, Giappichelli, Torino, 1998, p. 87.

misura della tollerabilità e del diritto sovra-legale valido contrapposto alla *lex iniusta*. E tuttavia, per ovviare a queste perplessità, Radbruch esprimeva fiducia nella crescente affermazione dei diritti dell'uomo e in una loro sicura vincolatività, facendo appello, a tal fine, anche al lavoro dei giudici costituzionali e ordinari.

Infatti, oggi non c'è più bisogno di "scomodare" valori o principi extragiuridici per saggiare la legittimità dell'ordinamento giuridico: le speranze di Radbruch sono state recepite dalle Costituzioni, le quali hanno contemplato i principi fondamentali dell'eguaglianza e del rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, trasformandoli da principi di diritto naturale a principi di diritto positivo; un diritto positivo rivolto ad assicurare un'effettiva giustizia³⁶². La stessa *intollerabilità* è in un certo senso riconoscibile, almeno al di là di certi limiti: l'unità di misura utilizzabile per identificarla è un'unità *universale*, oggettivamente valida per tutti. Essa coincide proprio con i diritti fondamentali e inviolabili dell'uomo, la cui lesione non ammette scusanti, in quanto provocherebbe (oltre che una violazione di diritto positivo) una tale intollerabilità oggettiva, che sarebbe di per se sufficiente a condannare la norma ed espellerla dal sistema giuridico³⁶³.

5. Se si vuole salvare le specie in estinzione.

Tornando ai giorni nostri, le sole soluzioni che appaiono veramente risolutive per risolvere le antinomie sembrano condurre verso forme di

³⁶² Lo stesso Radbruch (*Funf Minuten Rechtsphilosophie* cit.) affermava che: <<*i principi giuridici (...) sono più forti di qualunque legge giuridica posta, sì che una legge che li contraddica è priva di validità*>>, e che <<*questi principi (...) se presi uno per uno essi sono circondati da alcuni dubbi, tuttavia il lavoro dei secoli li ha dotati di una certa stabilità e nelle cosiddette dichiarazioni dei diritti umani e civili li ha raccolti con così vasto accordo mondiale che nei confronti di alcuni di essi il dubbio può essere mantenuto solo in forza di uno scetticismo voluto*>>.

³⁶³ G. VASSALLI, *op. ult. cit.*, in particolare v. parte III, *Considerazioni conclusive*, pp. 279-319.

*massimalismo*³⁶⁴. Difatti, quand'anche si optasse per il "salvataggio" *in extremis* degli articoli 7 e 8 Cost., il nostro ordinamento resterebbe colmo di contraddizioni.

In concreto, una via in tal senso potrebbe essere quella di sottoporre l'articolo 8 Cost. a una interpretazione evolutiva e sistematica, ormai inevitabile, da cui deriverebbe che al termine <<confessioni religiose>> venga assegnato un significato in termini di <<convinzioni in materia religiosa>>, non essendo ammissibile che le confessioni religiose *stricto sensu* godano di un qualsiasi *favor religionis* rispetto ad altri tipi di spiritualità, solo impropriamente designabili come "confessioni" – si pensi al buddismo e ai diversi generi di yoga – o rispetto a sistemi teisti-razionalisti non abramitici – ad esempio i deismi e le massonerie – o, ancora, rispetto a convinzioni scettiche, agnostiche, apofatiche, atee, come ad esempio l'UAAR. Pertanto, in un regime di pluralismo confessionale e culturale, si deve necessariamente avere una pari tutela della libertà di *religione* e di quella di *convinzione* comunque orientata³⁶⁵, conformemente all'interpretazione dell'art. 19 Cost. che tutela la libertà di religione, non solo positiva, ma anche negativa³⁶⁶. Seguendo questa interpretazione, lo Stato sarebbe obbligato ad istituire intese con tutte le *convinzioni* in materia religiosa, in modo imparziale e paritario³⁶⁷.

Tuttavia, ammesse queste correzioni ermeneutiche, resta che il fattore religioso continuerebbe ad essere privilegiato rispetto ad altre

³⁶⁴ Si intenda per tale quella particolare forma di contestazione che segue "allo stato d'animo di colui che non trovando uscita dalla situazione, si sente del tutto sopraffatto dal rapporto di cose e di persone che lo circonda, da cui è dominato e condizionato, e perciò cerca rifugio in qualcosa di straordinario, di eccezionale, da cui dovrebbe scaturire un radicale rovesciamento per la propria esistenza" secondo la definizione di L. VANNICELLI, *Una proposta massimalista: abolire il Concordato*, in "Il diritto ecclesiastico", 2002 fasc. 1, pp. 287-319.

³⁶⁵ Infatti, anche la <<libertà di manifestazione dei propri convincimenti morali o filosofici>> è garantita in connessione con la tutela della <<sfera intima della coscienza individuale>>, cfr. Corte Costituzionale, sent. 19 dicembre 1991, n. 467.

³⁶⁶ Cfr. le sentenze della Corte Cost. del 10 ottobre 1979, n. 117, e dell' 8 ottobre 1996, n. 334.

³⁶⁷ Così L. LOMBARDI VALLAURI, *Intervento cit.*, p. 28.

espressioni culturali che pure si occupano di “nutrire” lo spirito umano. D'altra parte, la <<super-procedura>> di stipula delle intese, che scomoda nientemeno che Consiglio di Stato, Governo e Parlamento insieme, necessiterebbe comunque di un incisivo snellimento. Puntare su quest'ultimo aspetto, in particolare, può costituire un'altra opportunità di protezione delle “specie in estinzione”. Si dovrebbe cioè agevolare a tal punto la stipulazione delle intese in modo da instaurare un regime di sostanziale non-discriminazione tra le entità rappresentative di *convinzioni* in materia religiosa e mantenere un livello accettabile di rispondenza ai principi costituzionali, di libertà e uguaglianza³⁶⁸. Per fare un esempio, se il <<*diritto di organizzarsi liberamente secondo i propri statuti*>> ex art. 8, comma 2, si tramuta nel *dovere* di organizzarsi secondo i criteri impartiti dallo Stato, è chiaro che ciò diventa un ostacolo di fatto per l'esercizio della libertà religiosa, perché in assenza di organismi rappresentativi riconosciuti e identificabili diventa estremamente difficoltoso avere un dialogo con lo Stato³⁶⁹. È chiaro che tutto ciò richiederebbe un'importante manovra legislativa, senza contare che si tratterebbe di una mera *soluzione di compromesso*.

Che lo strumento delle intese abbia spesso costituito fattore di disuguaglianza è confermato anche da recenti pronunce della Corte costituzionale. Di sicuro interesse appare la sentenza n. 346 del 2002³⁷⁰, con la quale i giudici costituzionali hanno opportunamente dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge recante “*Norme per la realizzazione di edifici di culto e di attrezzature destinate a servizi religiosi*”³⁷¹

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 29.

³⁶⁹ L. FORNI, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani* cit., p. 299.

³⁷⁰ In “*Giur. cost.*”, 2002, p. 2615.

³⁷¹ Legge della Regione Lombardia 9 maggio 1992, n. 20 avente finalità di promozione della <<realizzazione di attrezzature di interesse comune destinate a servizi religiosi, da effettuarsi da parte degli enti istituzionalmente competenti in materia di culto della Chiesa cattolica, e delle altre confessioni religiose, i cui rapporti con lo Stato siano disciplinati ai sensi dell'art. 8, terzo comma, della Costituzione e che già abbiano

per la parte in cui tale articolo condizionava la corresponsione dei contributi per la realizzazione delle attrezzature anzidette all'intervenuta stipulazione dell'intesa ex art. 8, comma 3, tra lo Stato e la confessione religiosa. La Corte ha chiarito che le intese costituiscono *<<lo strumento previsto (...) per la regolazione dei rapporti delle confessioni religiose con lo Stato per gli aspetti che si collegano alle specificità delle singole confessioni o che richiedono deroghe al diritto comune: non sono e non possono essere, invece, una condizione imposta dai poteri pubblici alle confessioni per usufruire della libertà di organizzazione e di azione, loro garantita dal primo e dal secondo comma dello stesso art. 8, né per usufruire di norme di favore riguardati le confessioni religiose>>*. Ne consegue che *<<qualsiasi discriminazione in danno dell'una o dell'altra fede religiosa è costituzionalmente inammissibile in quanto contrasta con il diritto di libertà e con il principio di eguaglianza>>*³⁷². Le indicazioni della Corte appaiono altamente significative, ma, come spesso è accaduto, non hanno trovato riscontro nella legislazione statale, che anzi è stata arricchita da istituti di dubbissima costituzionalità.

6. L'otto per uno.

A questo punto, non ci si può esimere dal trattare la disciplina che pare essere la più foriera di discriminazioni, vale a dire quella scaturita dall'istituto dell'otto per mille³⁷³.

L'art. 47 della legge n. 222 del 1985 prevede che una quota pari all'otto per mille del gettito complessivo annuale IRPEF venga destinata

una presenza organizzata nell'ambito dei comuni ove potranno essere realizzati gli interventi>>.

³⁷² Corte cost. n. 195/1993. Per una lettura delle numerose sentenze dedicate al fenomeno "religioso" da parte della Corte costituzionale, si veda di recente A. ALBISETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2010.

³⁷³ Infatti, secondo D. LOPRIENO, *La libertà religiosa*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 114, *<<dove massimamente si consuma la disparità di trattamento tra Chiesa cattolica, confessioni con intesa e confessioni senza intesa è la materia delle agevolazioni fiscali e delle contribuzioni volontarie>>*.

dagli uffici finanziari, in parte, <<a scopi di interesse sociale o di carattere umanitario a diretta gestione statale e, in parte, a scopi di carattere religioso a diretta gestione della Chiesa cattolica>> (comma 2). Il contribuente potrà indicare a quale dei due fondi intenda destinare la propria quota. Detta ripartizione viene stabilita <<sulla base delle scelte espresse dai contribuenti in sede di dichiarazione annuale dei redditi>> e, in caso di scelte inesprese, in <<proporzione a quelle espresse>> (comma 3)³⁷⁴. In altre parole, in caso di mancata indicazione, la destinazione verrà stabilita secondo la percentuale formatasi in base alle scelte esplicitate. Tale disciplina ha poi assunto nel tempo il carattere di modello applicabile anche alle altre confessioni religiose, secondo quanto previsto dalle rispettive *intese*³⁷⁵.

Già a primo acchito sono abbastanza visibili i profili di incostituzionalità, poiché, in primo luogo, si tratta di un sistema che è riservato alle sole confessioni che abbiano stipulato intesa, in violazione del principio di uguale trattamento di *tutte* le confessioni religiose, scaturente dal combinato disposto degli articoli 8, comma 1, e 3, comma 2, della Costituzione.

In secondo luogo, un sistema che sembra fondato sulle logiche dello Stato-sociale, non ha più ragione di esistere in uno Stato laico che dovrebbe occuparsi di garantire la libertà religiosa piuttosto che preoccuparsi di finanziare direttamente il clero. Viene violato quindi anche l'art. 19 Cost., specie se si considera che, dal punto di vista individuale, non esiste pari possibilità di finanziare il proprio sentire religioso, potendosi solo scegliere tra le confessioni con intesa e lo Stato, il quale peraltro non promuove l'autofinanziamento, ma finisce per

³⁷⁴ Cfr. E. VITALI - A.G. CHIZZONITI, *Manuale breve di diritto ecclesiastico* cit., pp. 98 ss.

³⁷⁵ Possono usufruire dell'8 per mille la Tavola valdese, l'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno, le Assemblee di Dio in Italia, l'Unione delle Comunità ebraiche italiane e la Chiesa Evangelica Luterana in Italia, mentre l'Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia non ha richiesto la partecipazione all'8 per mille.

destinare, indirettamente, gran parte della sua quota ad attività facenti capo alla religione maggioritaria³⁷⁶.

Dulcis in fundo appare proprio una assurdità la regola della ripartizione del gettito ricavato dalle scelte inesprese in maniera “proporzionale” alle scelte espresse dei contribuenti, che viene quantomeno ad intaccare il *principio volontaristico*, perché le scelte non espresse potrebbero anche essere espressione della volontà del contribuente di non condividere il sistema e/o di non volervi partecipare³⁷⁷. È infatti evidentemente ingiusto il sistema in virtù del quale le somme che lo Stato eroga a vantaggio delle confessioni religiose sono prelevate “dal gettito delle imposte al cui pagamento tutti i cittadini sono tenuti (...) indipendentemente dal fatto che siano cattolici, aderenti a confessioni minoritarie o non credenti”³⁷⁸. Se, al limite, lo Stato può incentivare atti di liberalità dei privati verso le chiese, mediante la loro deduzione dal reddito imponibile, non altrettanto legittima appare l’attribuzione di diritto, *pro quota*, in caso di mancata indicazione da parte del contribuente³⁷⁹. Sembra allora del tutto illegittimo che norme di derivazione pattizia possano prevedere alcuna forma di prestazione obbligatoria in ragione della precipua finalità religiosa che è loro

³⁷⁶ M. CROCE, *La libertà religiosa nell’ordinamento costituzionale italiano* cit., p. 225.

³⁷⁷ D. LOPRIENO, *La libertà religiosa* cit., p. 115, riprende il pensiero espresso da C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna, Il Mulino, 1999.

³⁷⁸ A. PIZZORUSSO, *Limitazioni della libertà religiosa derivanti dall’incerto regime giuridico dell’appartenenza alle diverse confessioni*, in AA. VV., “Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico”, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 1239 ss.; lo scritto si riferisce evidentemente al sistema previgente gli Accordi di Villa Madama, quando il sostegno finanziario era limitato alla sola Chiesa cattolica e le altre confessioni si finanziavano unicamente con le erogazioni volontarie dei rispettivi fedeli, ma le critiche ivi mosse sono pienamente trasferibili anche al sistema odierno.

³⁷⁹ E. COLARULLO, *Concordato, intese e libertà individuali*, in AA. VV., “Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)”, Padova, Cedam, 1990, p. 273 e ss., p. 288.

propria³⁸⁰. Senza contare poi che manca una informazione limpida sul punto, tanto che questo meccanismo si traduce in un vero e proprio “sotterfugio” costruito come forma di favore sotterraneo³⁸¹ che vale ad attribuire alla Chiesa cattolica 300 milioni di euro l’anno sulla base delle scelte espresse e ben 700 milioni sulla base di quelle non espresse³⁸².

Quand’anche poi con tale normativa si riuscisse a realizzare una parità fra le confessioni, estendendo a tutte l’opportunità di accedere all’otto per mille, resterebbe che così facendo lo Stato viene meno al suo “dovere di imparzialità rispetto alle varie visioni della vita”, violando gli interessi di tutti i gruppi non confessionali e di tutti gli altri fenomeni associativi promananti dal libero sviluppo della personalità individuale³⁸³, così lacerando inoltre “gli altri aspetti del principio di laicità relativi, da un lato, alla distinzione fra ordine civile e visioni della vita e, dall’altro, al divieto di istituzionalizzazione”³⁸⁴.

Questa disciplina si presta ad essere valutata sotto il profilo della sua costituzionalità, e anzi, si può tranquillamente sostenere che “per quanto concerne sostegni finanziari o contributi pubblici in favore di confessioni religiose, è evidente che essi non sono mai costituzionalmente obbligatori, onde la pronuncia della Corte potrebbe ben concretarsi nella caducazione delle norme che li prevedono”³⁸⁵. Tanto più che con l’introduzione dell’istituto del cinque per mille lo Stato ha creato un *tertium comparationis*

³⁸⁰ *Ibidem*. Prosegue l’autore: “Diversamente, si porrebbero in contrasto con l’art. 19, 1° comma della Costituzione, che dispone che nessuno può essere sottoposto a pratiche religiose o a comportamenti che abbiano una caratterizzazione religiosa”.

³⁸¹ A. SPADARO, *Laicità e confessioni religiose: dalle etiche collettive (laiche e religiose) alla “meta-etica” pubblica (costituzionale)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 47.

³⁸² Cfr. l’indagine di C. MALTESE, *La questua*, Milano, Feltrinelli, 2008, p. 49 e ss.; che segnala un altro aspetto “perverso” del meccanismo per cui, mentre alla Chiesa cattolica viene versato un anticipo di circa il 90% sull’introito dell’anno successivo, alle altre confessioni il denaro viene versato con tre anni di ritardo.

³⁸³ M. CROCE, *ult. op. cit.*, p. 226.

³⁸⁴ G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione: i limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 182.

³⁸⁵ B. RANDAZZO, *Diversi ed uguali cit.*, p. 394.

perfetto per un sindacato di eguaglianza che compari le due discipline e si concluda nel senso dell'irragionevolezza di un trattamento privilegiato alle confessioni religiose rispetto agli altri fenomeni associativi; con la conseguenza che o si estende ai secondi il sistema dell'otto per mille, o si riconducono le prime al meccanismo del cinque per mille³⁸⁶. Sono prospettabili anche diverse strade per avviare un incidente di incostituzionalità³⁸⁷: alla luce delle intese stipulate e non tradotte in legge, ad esempio, esistono oggi maggiori possibilità per le confessioni stipulanti di chiedere un intervento additivo alla Corte o, in subordine, la caducazione delle disposizioni esistenti. Inoltre, sarebbe ammissibile una richiesta individuale al giudice *ex art. 700 c.p.c.* proveniente dagli appartenenti a confessioni estromesse dall'otto per mille, oppure da soci dell'UAAR, oppure da appartenenti ad altre realtà associative, con la quale ottenere un provvedimento capace di consentire loro una libera scelta in sede di dichiarazione dei redditi, proponendo, in subordine, eccezione di incostituzionalità della normativa fiscale³⁸⁸. In alternativa, resterebbe la strada di una modifica legislativa, nel senso della predisposizione "di un diritto finanziario *comune*, dato che sotto questo aspetto le peculiarità delle confessioni religiose rispetto a gruppi di altra natura, ma aventi ad oggetto altrettanti fini protetti dalla Costituzione (cultura, sport, istruzione, beneficenza, assistenza, etc.), tendono ormai ad assottigliarsi se non quasi a scomparire"³⁸⁹.

³⁸⁶ M. CROCE, *ult. op. cit.*, p. 227.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 228.

³⁸⁸ *Ibidem*, pp. 228-229; sebbene l'autore segnala che "si potrebbe formalisticamente rispondere che la disciplina dell'otto per mille non riguarda la disposizione del proprio denaro, ma l'accantonamento di una quota dell'ammontare complessivo dell'IRPEF; così (...) il tentativo di sollevare un conflitto di attribuzione non sembra avere possibilità di successo".

³⁸⁹ B. RANDAZZO, *ult. op. cit.*, p. 38.

6.1 Due pesi e due misure.

A partire dalla legge finanziaria dell'anno 2006³⁹⁰, lo Stato ha stabilito di destinare - a titolo sperimentale - in base alla scelta del contribuente, una quota pari al 5 per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche a finalità di:

- a) sostegno del volontariato;
- b) finanziamento della ricerca scientifica e dell'università;
- c) finanziamento della ricerca sanitaria;
- d) finanziamento di attività sociali svolte dal comune di residenza del contribuente³⁹¹.

In seguito si sono aggiunte le attività di³⁹²:

e) sostegno alle associazioni sportive dilettantistiche riconosciute ai fini sportivi dal CONI a norma di legge e che svolgono una rilevante attività di interesse sociale³⁹³.

Per quanto concerne il sistema di riparto della quota tra i destinatari, è previsto, per i soggetti di cui al punto a), che la quota sia destinata in particolare alle organizzazioni non lucrative di utilità sociale, compresi dunque gli organismi di volontariato, le organizzazioni non governative,

³⁹⁰ Legge 23 dicembre 2005, n. 266. Anche per il 2011 la legge ha confermato lo strumento del 5 per mille a sostegno di attività socialmente rilevanti di enti del terzo settore e associazioni non profit. Il DDL di Stabilità (ex legge finanziaria) del 13 dicembre 2010, pur confermando la possibilità per il contribuente di devolvere una parte della propria IRPEF a finalità di utilità sociale, ha ridotto a un quarto il tetto massimo di spesa, fissandolo a 100 milioni di euro (rispetto ai 400 milioni dell'anno fiscale precedente). Il decreto mille proroghe del 29 dicembre 2010 ha riportato il tetto a 400 milioni di euro.

³⁹¹ Art. 1, comma 337, della l. n. 266/2005. La Legge finanziaria del 2007 (27 dicembre 2006, n. 296), ridefinendo le categorie che possono beneficiare del 5 per 1000, escludeva le finalità sociali svolte dal comune di residenza.

³⁹² Legge finanziaria del 2008 (24 Dicembre 2007, n. 244) e successive modifiche.

³⁹³ Vale a dire che: 1) siano affiliate ad una Federazione sportiva nazionale o ad una Disciplina sportiva associata o ad un Ente di promozione sportiva riconosciuti dal CONI; 2) abbiano nella propria organizzazione il settore giovanile; 3) svolgano prevalentemente attività di avviamento e formazione allo sport dei giovani di età inferiore a 18 anni, ovvero di avviamento alla pratica sportiva in favore di persone di età non inferiore a 60 anni, o nei confronti di soggetti svantaggiati in ragione delle condizioni fisiche, psichiche, economiche, sociali o familiari.

le cooperative sociali e gli enti ecclesiastici qualificati come ONLUS limitatamente alle attività individuate dall'art. 10, co. 8 e 9, del d.lgs. n. 460/1997 e successive modificazioni; dette somme spettano inoltre alle associazioni di promozione sociale (APS) iscritte nei registri nazionale, regionali e provinciali³⁹⁴; nonché alle fondazioni e associazioni riconosciute che, senza scopo di lucro, operano in via esclusiva o prevalente nei seguenti settori: assistenza sociale e socio-sanitaria; assistenza sanitaria; beneficenza, istruzione, formazione; sport dilettantistico; tutela, promozione e valorizzazione delle cose d'interesse artistico e storico; tutela e valorizzazione della natura e dell'ambiente; promozione della cultura e dell'arte; tutela dei diritti civili; ricerca scientifica di particolare interesse sociale³⁹⁵.

Tale meccanismo pare essere pienamente compatibile con le norme e i principi costituzionali, basandosi sulla volontarietà individuale del contribuente in ordine sia alla scelta di destinare o meno una quota della propria IRPEF, sia alla scelta del soggetto beneficiario. A confermare la meritevolezza dell'istituto è stato l'immediato successo dell'iniziativa nel 2006: ben il 61% dei cittadini, pari al 20% in più dell'otto per mille, decisero di devolvere il 5 per mille del proprio IRPEF a una delle quattro categorie originariamente previste.

Decisamente diverso – come abbiamo visto – l'otto per mille, dove in realtà nessuno destina il *proprio* gettito: il meccanismo assomiglia di più ad un gigantesco sondaggio d'opinione, al termine del quale si “contano” le scelte, si calcolano le percentuali ottenute da ogni soggetto e, in base a queste percentuali, vengono poi ripartiti i fondi³⁹⁶. Diverso è stato anche lo strumento normativo utilizzato, dato che il 5 per mille è un decreto collegato alla legge finanziaria (in quanto tale, di anno in anno può o

³⁹⁴ Art. 7 della legge n. 383 del 2000.

³⁹⁵ Art. 10, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 460/1997.

³⁹⁶ Fonte: sito web ufficiale dell'UAAR: www.uaar.it/laicita/otto_per_mille/.

meno essere presente), mentre l'8 per mille è invece legge dello Stato, derivante dagli accordi stipulati con la Chiesa cattolica. Si è voluta inoltre marcare una differenza di finalità: sostegno di enti non profit, della ricerca scientifica, universitaria e sanitaria per il primo; finanziamento della Chiesa Cattolica e delle confessioni religiose dotate di intesa per il secondo. Si evitano infine effetti duplicativi con cifre identitarie: percentuali diverse identificano istituti diversi³⁹⁷.

Ma a voler indagare il motivo per cui sono state adottate discipline tanto *diverse*, non si riesce a trovare risposta che sia *giuridicamente* plausibile. Nell'attuale modello costituzionale, basato sulla legge unilaterale temperata da accordi³⁹⁸, occorre piuttosto rinvenire e costruire la specialità soprattutto nel *diritto comune*, e in quelle norme che tutelano e promuovono i diritti della coscienza³⁹⁹. Nessuna *specialità* può fondarsi su motivi *religiosi*, né tantomeno può tradursi in *privilegio*, ma deve essere coerente con i principi costituzionali, supremi e non⁴⁰⁰, i quali pure

³⁹⁷ S. CIPOLLINA, *La Corte costituzionale ed il 5 per mille per il volontariato e la ricerca*, in "Riv. dir. fin.", 2007 fasc. 3, pp. 80 ss.

³⁹⁸ Cfr. N. COLAIANNI, *Laicità e prevalenza delle fonti di diritto unilaterale sugli accordi con la Chiesa cattolica* cit., p. 223.

³⁹⁹ *Ibidem*.

⁴⁰⁰ In questi stessi termini si è in un certo senso espresso anche l'estensore della norma da cui tutto ebbe inizio, Giuseppe Dossetti, del quale pare utile riportare le parole del discorso letto a Bologna il 22 febbraio 1986 a proposito del regime costituzionale del fenomeno religioso: <<*Sono ormai passati quarant'anni dalla Costituente: tutti (e anch'io secondo un auspicio che avevo espresso in un rapporto del 1955) abbiamo salutato con soddisfazione il superamento del Concordato del 1929. Nel tramonto di questo diventano sempre più importanti (come si prevedeva e si sperava) le norme veramente basali e dinamiche dell'art. 8 della Costituzione sulla libertà ed eguaglianza giuridica delle diverse comunità religiose. Esse (...) hanno ancora grandi virtualità da esprimere sia per la Chiesa sia per lo Stato, ed è ancora pensabile un'evoluzione ulteriore del nostro diritto statale sul fenomeno religioso (nelle sue espressioni associative, assistenziali, scolastiche, familiari, ecc.). Evoluzione che si faccia – come l'oggetto per sua natura esige – sempre meno privilegiaria (in senso positivo o negativo), meno politica, sempre meno corporativa, e invece si faccia sempre più spiritualmente originale e originaria, nel senso di sempre più rispettosa dell'uomo e dei suoi valori più alti che non è lo Stato a fondare, ma che lo Stato può solo riconoscere*>>.

abbisognano di "ulteriore perfezionamento per andare incontro alle sfide lanciate dalle nuove diversità"⁴⁰¹.

⁴⁰¹ M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience. In defense of America's Tradition of Religious Equality*, New York, Basic Books, 2008, p. 359, che prosegue: "this refinement will require, in turn, a public conversation in which citizens tell one another about their own ways of making sense of life and listen respectfully to things that they initially find strange or even offputting".

CAPITOLO IV

L'ARCHITETTURA COSTITUZIONALE EUROPEA

0. Un sistema di tutela multilivello.

È giunto il momento di cambiare prospettiva e respirare un po' di aria europea. Fin qui ci si è occupati unicamente dell'ordinamento *locale* e dei suoi funzionamenti, ma non si può non tener conto del fatto che il diritto costituzionale italiano si inserisce oramai in un contesto ben più ampio, che spesso impone degli adeguamenti anche a livello di normazione interna. In questo capitolo ci si chiede dunque qual è il ruolo che assumono le norme di importanti *Dichiarazioni di diritti* recepite nel nostro ordinamento, specie di quelle della Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), e quali sono le modifiche che il recente Trattato di Lisbona ha apportato al sistema costituzionale europeo, per capire se esso non preveda gradi di tutela superiori al nostro, che implicano di procedere a una interpretazione sistematica o a una revisione delle norme interne, in direzione dell'adeguamento al grande disegno costituzionale sovranazionale di cui l'Italia è parte integrante.

1. Il "posto" della CEDU secondo la Corte costituzionale.

Con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007⁴⁰² i giudici della Consulta hanno avuto l'occasione di pronunciarsi in merito alla posizione delle norme della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle*

⁴⁰² Rispettivamente in "Giur. cost.", 2007, p. 3475 e p. 3535; con le quali è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 5-bis e 7-bis del decreto legge 11 luglio 1992, n. 333 convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359 recante *Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica*.

*libertà fondamentali*⁴⁰³ e, in generale, delle norme in esecuzione di trattati internazionali, nell'ambito della gerarchia delle fonti interne. Le innovazioni apportate da tali sentenze sono state rese possibili dall'introduzione nell'art. 117 Cost., primo comma, del vincolo degli <<obblighi internazionali>>⁴⁰⁴, che sono stati interpretati come limiti alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, conferendo così alle norme di derivazione internazionale la posizione di fonti normative <<interposte>>, ossia sottoposte a tutte le norme costituzionali, ma allo stesso tempo – se conformi a Costituzione – utilizzabili come parametro di legittimità nel sindacato di costituzionalità di tutte le leggi ordinarie di diritto interno.

I principi cardine che emergono dalle suddette pronunce possono così riassumersi:

- a) In virtù dell'adesione dell'Italia all'ordinamento comunitario, e cioè a <<*un ordinamento giuridico autonomo, integrato e coordinato con quello interno*>> e, contestualmente, della cessione - in base all'art. 11 Cost. - dell' <<*esercizio di poteri anche normativi (...) nei settori definiti dai Trattati*>>, le norme comunitarie hanno efficacia diretta nel nostro ordinamento <<*con il solo limite dell'intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione*>>;
- b) Le norme della Cedu, invece, non hanno efficacia *diretta*, ma godono di rango superiore a quello della legge ordinaria in forza

⁴⁰³ Firmata a Roma il 4 novembre 1950 nell'ambito del Consiglio d'Europa, cui era stata data esecuzione con la legge del 4 agosto 1955, n. 848.

⁴⁰⁴ Art. 117, co. 1, novellato dalla legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3: "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

- dell'art. 117, primo comma, Cost.; pertanto devono essere rispettate dal legislatore interno e dalle autorità giurisdizionali⁴⁰⁵;
- c) La conseguenza è che *<<il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma Cedu, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, di esclusiva competenza del giudice delle leggi>>*.

Tale norma costituzionale sviluppa la sua concreta operatività come parametro di legittimità costituzionale solo se le norme di rango sub-costituzionale da essa richiamate ne integrano il contenuto. Nel caso di specie, *<<il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della Cedu, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato>>*.

La sentenza continua precisando che, con la sottoscrizione e la ratifica della Cedu, l'Italia ha assunto l'obbligo internazionale di *<<adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificatamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione>>*. Così, non solo le norme della Cedu entrano nel giudizio di legittimità costituzionale come parametro di riferimento, ma ci entrano corredate di tutta la giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Così si esprime la sent. n. 348/2007: "La Convenzione europea, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale (...) da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, da cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti (...) per tutte le autorità interne degli Stati membri."

⁴⁰⁶ Nella sent. n. 349/2007 la Consulta ha anche specificato che: "questa Corte e la Corte di Strasburgo hanno in definitiva ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo".

Quindi, con l'articolo 117 Cost., opera un meccanismo di *rinvio mobile* del diritto interno alle norme internazionali pattizie di volta in volta rilevanti, che impone il controllo di costituzionalità qualora il giudice comune ritenga che la norma nazionale contrasti con la norma convenzionale internazionale. Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetterà alla Corte interna di verificare l'esistenza del contrasto e, in caso di esito positivo, esso si traduce nell'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dello stesso art. 117, comma 1, della Costituzione⁴⁰⁷.

2. L'arrivo del <<grande sconosciuto>> portoghese.

Lo scenario appena descritto è destinato a cambiare con l'entrata in vigore, a far data dall'1 dicembre 2009, del recente Trattato di Lisbona, firmato dai 27 Stati membri il 13 dicembre 2007. Tra le principali novità da esso apportate all'assetto dell'Unione europea spicca la c.d. *comunitarizzazione* dei principi CEDU, con il loro inserimento fra quelli dell'Unione europea validi e cogenti *erga omnes*. Inoltre, il nuovo Trattato recepisce espressamente le libertà e i principi sanciti dalla *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000, rendendoli giuridicamente vincolanti.

In particolare, il nuovo testo dell'articolo 6 TUE prevede:

<<1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati (...)⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ A. ARLOTTA, *La tutela dei diritti dell'uomo a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: rapporti tra normativa interna e Cedu*, in "Giur. merito", 2011 fasc. 2, p. 525.

⁴⁰⁸ "Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni".

2. *L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.*

3. *I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultati dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*>>⁴⁰⁹.

Alla luce di tale disposizione si realizzano importanti conseguenze in tema di protezione dei diritti fondamentali. In primo luogo, la *Carta di Nizza* abbandona il modesto ruolo di strumento interpretativo del diritto comunitario⁴¹⁰ e assurge al rango di <<diritto primario>> dell'Unione, assumendo espressamente lo stesso carattere cogente dei trattati. Inoltre, anche le norme della *Convenzione* ricevono maggiore considerazione, poiché l'espressa adesione dell'Unione alla CEDU comporta che le relative norme divengono direttamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri, con il grado e la forza delle norme comunitarie e, cioè, esse si gioverebbero del supporto costituzionale fornito dall'articolo 11 Cost., e non più di quello ex articolo 117, primo comma, Cost. quali norme sub-costituzionali. Da ciò derivano almeno due immediate conseguenze di assoluto rilievo: a) la conformità della legislazione nazionale alla Convenzione potrebbe essere vigilata dalla Corte di Giustizia CE – oltre

⁴⁰⁹ Così è stato sostituito il precedente articolo 6 del Trattato di Maastricht (come modificato dal Trattato di Amsterdam) che recitava: "1. L'unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni con gli Stati membri. 2. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi del diritto comunitario".

⁴¹⁰ In precedenza, infatti, si riteneva che la Carta non avesse carattere normativo, ma solo documentale in quanto riassuntiva dei principi generali del diritto comunitario, cfr. A. ARLOTTA, *La tutela dei diritti dell'uomo a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: rapporti tra normativa interna e Cedu cit.*, p. 526.

che dalla Corte europea – invece che dalla Corte costituzionale⁴¹¹; b) la normativa nazionale ritenuta in contrasto con la CEDU dovrà essere disapplicata in via immediata e diretta dal giudice nazionale in favore del diritto comunitario.

Vi è, in sostanza, uno spostamento di prospettiva e di livello di tutela della persona umana che non è senza conseguenze: l'*intranità* di questi testi comporta che il diritto europeo avrà una base normativa vincolante più ampia di quella attualmente disponibile, e che tali nuove fonti dovranno necessariamente ricevere lo stesso trattamento di tutto il diritto europeo⁴¹².

Il dibattito sul punto è ancora aperto⁴¹³, ma si tratta di una questione che necessita di essere risolta al più presto; considerato anche che la mancata piena esecuzione delle sentenze della Corte europea costituisce grave violazione della *Convenzione* e dei principi che regolano la nostra adesione al Consiglio d'Europa, il che può comportare eventualmente la sospensione dello Stato da parte del Consiglio o la denuncia della *Convenzione* da parte dello Stato. Il problema si pone non tanto in relazione al rispetto dei principi della *Convenzione*, ma in particolar modo per l'interpretazione degli stessi data dalla Corte di Strasburgo, il che non è da sottovalutare, atteso che essa tende a giudicare secondo una logica molto

⁴¹¹ Cfr. Relazione dal titolo "*Il rapporto fra la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e il diritto dell'Unione europea*" redatta in attuazione della l. 9 gennaio 2006, n. 12, recante "*Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*" e del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° febbraio 2007.

⁴¹² A. LOIODICE, *Costituzione europea e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in www.consiglionazionaleforense.it, 2004, p. 17.

⁴¹³ Cfr., ad esempio, S. MIRATE, *La CEDU nell'ordinamento nazionale: quale efficacia dopo Lisbona?*, in "Riv. It. dir. pubbl. comunit.", 2010 fasc. 5, p. 1354. L'autrice conclude "cautamente", affermando che per definire il rapporto fra norma nazionale e Convenzione europea, pur attendendo la futura posizione della giurisprudenza europea e nazionale sul punto, pare preferibile la strada tracciata dalle sentenze della Corte costituzionale nel 2007, "una strada che, nell'attuale contesto normativo nazionale, non può non passare per un giudizio accentrato di costituzionalità, condotto alla stregua dell'art. 117, comma 1, Cost."

diversa da quella emergente dalla nostra Corte costituzionale, verso la realizzazione di un modello giurisprudenziale comune che favorisca quella che è stata definita una sorta di "*legalità fluida*"⁴¹⁴.

3. La voce della Corte europea in materia religiosa.

Tra le due grandi giurisdizioni europee, la Corte europea di Strasburgo si caratterizza per essere l'organo depositario della CEDU e, quindi, per aver emesso talune pronunce assai significative sul tema della tutela dei diritti umani. Seguendo il nostro filo conduttore, teso verso la possibile erosione dei privilegi riconosciuti alla religione cattolica nel nostro ordinamento, è il caso di ricordare alcune recenti sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che sembrano muoversi nella stessa direzione.

Ci si riferisce, specialmente, alla sentenza del 20 ottobre 2009 sul *Caso Lombardi Vallauri* che chiude l'estenuante battaglia condotta dal Prof. Lombardi Vallauri con il riconoscimento a quest'ultimo di un danno non patrimoniale per violazione degli articoli 6§1 (diritto ad un equo processo) e 10 (libertà di espressione) della citata *Convenzione*. Il ricorso era stato depositato presso la Corte europea dei diritti dell'uomo il 17 ottobre 2005.

Per chi non ricordasse la vicenda, il Prof. Luigi Lombardi Vallauri iniziò a insegnare filosofia del diritto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore a Milano nel 1976, sulla base di contratti rinnovati annualmente. Dalla Cattolica fu allontanato nel 1998 per aver sostenuto tesi <<non ortodosse>>, a seguito di un processo segreto, senza possibilità di contraddittorio, istruito per ordine del cardinale Pio Laghi, prefetto della Congregazione per l'Educazione cattolica. Con lettera del 26 ottobre 1998 tale istituzione informava gli organi dell'Università che <<*alcune posizioni*>> del docente si erano

⁴¹⁴ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p.112.

mostrate <<*in netto contrasto con la dottrina cattolica*>> e che <<*nell'interesse della verità e del benessere degli studenti e della stessa Università Cattolica*>> allo stesso non avrebbe dovuto essere affidato alcun insegnamento. Il Consiglio di Facoltà, preso atto della posizione della Santa Sede, decise di non esaminare la candidatura del Prof. Lombardi Vallauri proposta per l'anno accademico '98/'99 dal momento che una delle condizioni per l'ammissione al concorso - vale a dire il <<gradimento>> della competente autorità ecclesiastica⁴¹⁵ - non era stata rispettata.

Nel 1999, con ricorso proposto al TAR Lombardia, gli atti del procedimento sono stati impugnati dal Prof. Vallauri, che ne ha lamentato l'incostituzionalità per violazione del diritto di uguaglianza, nonché delle libertà di insegnamento e di religione. Il TAR respinse il ricorso per il motivo, *tra l'altro*, che né il Consiglio di Facoltà, né il Tribunale stesso, erano competenti ad esaminare la legittimità della decisione della Santa Sede, <<*in quanto emanata da uno Stato estero*>>. E' evidente la debolezza di un simile argomento, poiché in realtà "il fatto che la scorrettezza riguardi l'atto di un ordinamento straniero, non esime la magistratura italiana dal sindacarlo quando la scorrettezza comporti la lesione di diritti umani fondamentali"⁴¹⁶.

In tutta risposta, il prof. Lombardi Vallauri impugnò la sentenza del TAR⁴¹⁷ avanti al Consiglio di Stato lamentando l'incostituzionalità dell'art. 10, co. 3, dell'Accordo di revisione del Concordato e del punto 6 del protocollo addizionale, nonché vari profili di eccesso di potere (non-pubblicità, mancanza della difesa e del contraddittorio, assenza di

⁴¹⁵ L'art. 10, comma 3, della l. n. 121/1985 (Accordo di revisione del Concordato tra la Santa Sede e l'Italia) prevede infatti che <<*le nomine dei docenti dell'Università Cattolica del Sacro Cuore e dei dipendenti istituti sono subordinate al gradimento, sotto il profilo religioso, della competente autorità ecclesiastica*>>.

⁴¹⁶ L. LOMBARDI VALLAURI, *Lesione di diritti umani fondamentali da parte del Concordato*, in www.uaar.it.

⁴¹⁷ Sentenza n. 7027 del 2001.

motivazione) e la violazione degli articoli 2, 3, 7, 19, 24 e 33 della Costituzione. Il Consiglio di Stato ritenne infondate le censure dell'appellante⁴¹⁸, precisando che le autorità amministrative e giudiziarie italiane non possono discostarsi dalla posizione assunta dalla Corte Costituzionale con sent. n. 195/1972 secondo cui il fatto che le nomine di insegnamento presso l'Università Cattolica siano oggetto dell'approvazione da parte della Santa Sede è considerato compatibile con gli artt. 33 e 19 della Costituzione. Inoltre il giudice amministrativo confermava che <<*nessuna autorità della Repubblica può pronunciarsi in merito alle conclusioni dell'autorità ecclesiastica*>>, poiché <<*il gradimento costituisce un fatto estraneo all'ordinamento italiano, la cui concreta sussistenza costituisce un presupposto di legittimità della nomina del docente e non è sindacabile*>>.

Invocando gli artt. 9 e 10 della *Cedu*, al Prof. Lombardi Vallauri non restava che intraprendere la via europea, lamentando che la decisione dell'Università Cattolica aveva violato le sue libertà di pensiero, coscienza e religione. Affidandosi anche all'articolo 6§1 della *Convenzione*, il ricorrente denunciava l'ingiustizia/scorrettezza procedurale e dunque la lesione di "diritti umani procedurali"⁴¹⁹.

Veniamo alla decisione: la Corte europea ha anzitutto valutato se le misure in questione integrassero un'interferenza con il diritto del ricorrente alla libertà di espressione, come ricostruita dai principi ispiratori della propria giurisprudenza. In particolare, si trattava di verificare se tale ingerenza fosse da considerarsi "legittima", ossia prevista dalla legge, e se si fosse rivelata una misura necessaria <<*in una società democratica, ... per la protezione ... dei diritti altrui*>>. In concreto, la Corte ha svolto un "bilanciamento" tra i due interessi potenzialmente in conflitto: quello del docente di manifestare liberamente i propri convincimenti e di

⁴¹⁸ Sentenza n. 1762 del 18 aprile 2005.

⁴¹⁹ L. LOMBARDI VALLAURI, *Lesione di diritti umani fondamentali cit.*

improntare sugli stessi la docenza; e l'interesse dell'Università a basare il proprio insegnamento sulla dottrina cattolica. La Corte ha ritenuto che l'interesse dell'Università non potesse estendersi fino a ledere la sostanza stessa delle garanzie procedurali accordate al singolo con l'articolo 10 della *Convenzione* e che, nelle circostanze del caso di specie, la restrizione della libertà di espressione del Prof. Lombardi Vallauri non si è rivelata <<*necessaria in una società democratica*>>⁴²⁰.

Al di là dell'importanza fondamentale di questa sentenza per l'espandersi della libertà di manifestazione del pensiero e della libertà di insegnamento, quello che interessa sottolineare è che la Corte europea offre numerosi stimoli per almeno *rivedere* le disposizioni interne giudicate contrarie a diritti fondamentali garantiti dalla *Convenzione*. A partire dall'art. 10, co. 3, della l. 121/1985 - che alla luce della sentenza della Corte europea risulta incostituzionale nella parte in cui non prevede la possibilità di esercitare garanzie procedurali adeguate durante la fase amministrativa davanti al Consiglio di facoltà e in quella del controllo giurisdizionale⁴²¹ - si impone una lettura *convenzionalmente* orientata

⁴²⁰ In particolare, omettendo di spiegare in che misura gli insegnamenti del Professore fossero contrari alla dottrina cattolica e dunque suscettibili di incidere sugli interessi dell'Università, la Corte europea ha ritenuto che il Consiglio di Facoltà aveva realizzato una violazione dell'art. 10 della *Cedu* nel suo profilo procedurale. Inoltre la Corte ha rilevato che i giudici amministrativi, a tutela del principio del contraddittorio e, più in generale, dell'accesso effettivo alla giustizia, avrebbero dovuto esaminare l'aspetto dell'assenza di motivazione della decisione del Consiglio di Facoltà, riscontrando quindi una violazione della garanzia di giusto processo ex articolo 6§1 della *Cedu*.

⁴²¹ Quantomeno per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. secondo M. CROCE, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano* cit., p. 294; il quale afferma che: "il giudice dovrà procedere a un'interpretazione conforme della disposizione, verificando l'esistenza di un contraddittorio e la dimostrazione del nesso opinioni/riflessi sull'insegnamento, oppure, nel caso in cui ritenga che la stessa non sia possibile dovrà sollevare questione di incostituzionalità per violazione dell'art. 117, oppure, nel caso in cui giudichi la giurisprudenza convenzionale contrastante con la Costituzione per come interpretata dal giudice delle leggi, dovrà sollevare questione di incostituzionalità sulla legge di esecuzione della CEDU, e alla Corte costituzionale sarà comunque rimesso il giudizio sulla compatibilità (e sui termini della stessa) fra la decisione in commento e la sent. n. 195/1972".

dell'intero Accordo di Villa Madama, che conduca alle opportune modifiche. Appaiono infatti evidenti i numerosi punti di frizione che la suddetta disciplina provoca nei riguardi di norme e principi, nazionali e sovranazionali, ad esempio, con l'art. 51 Cost., che prevede che tutti i cittadini, senza alcuna distinzione, possano accedere ai pubblici uffici⁴²²; con l'art. 33 Cost., potendosi affermare che la libertà in esso riconosciuta sia la libertà di fondare scuole libere, non la libertà di fondare scuole totalitarie o settarie⁴²³; con il principio della distinzione degli ordini, poiché il sistema normativo che ne scaturisce "subordina l'impiego presso un ente pubblico al <<gradimento>> riservato a un'autorità confessionale e pertanto fondato sulla valutazione di elementi riconducibili a un ordine che non è quello dello Stato"⁴²⁴.

Di segno opposto (avuto riguardo all'esito) appare la recentissima sentenza della Corte europea sul caso *Lautsi* che, accogliendo il ricorso dell'Italia, ha finito per ribaltare la decisione assunta nel 2009 con la quale lo Stato era stato condannato per violazione dell'art. 9 della *Convenzione europea* e dell'art. 2 del Protocollo n. 1. In quell'occasione la Corte aveva ritenuto che l'esposizione del crocifisso in luoghi ove si abbia esercizio di funzioni pubbliche e, in particolare, nelle aule scolastiche, lede il diritto dei genitori di educare i figli secondo la propria religione o le proprie convinzioni, nonché la libertà negativa dei bambini e dei genitori di non avere alcuna religione.

⁴²² Cfr. G. CAPUTO, *Sul "caso" Cordero*, in "Giur. cost.", 1972, p. 2866, secondo cui se "l'ufficio di professore dell'Università Cattolica di Milano è un <<ufficio pubblico>> ad esso dovrà riferirsi, almeno in linea di principio, l'art. 51 Cost. (...) Sorge così un problema di compatibilità o incompatibilità fra l'art. 38 Con., che subordina la nomina dei professori dell'Università Cattolica di Milano ad una valutazione di ordine confessionale concretantesi nella concessione o nel diniego del nulla-osta, e l'art. 51 Cost. che prevede che tutti i cittadini, senza alcuna distinzione, possano accedere ai pubblici uffici".

⁴²³ Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Lesione di diritti umani fondamentali* cit.

⁴²⁴ M. TOSCANO, *Nuovi segnali di crisi: i casi Lombardi Vallauri e Lautsi davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista telematica* (www.statoeche.it), p. 36.

La vicenda è ormai ben nota. In estrema sintesi, una madre italiana di origini finlandesi si attiva presso i competenti organi collegiali e l'autorità scolastica per far rimuovere il crocifisso dalle aule frequentate dai figli, lamentandone l'incompatibilità con il principio di laicità dello Stato. Esauriti i ricorsi interni, la ricorrente si rivolge alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale accoglie il ricorso, giudicando le motivazioni della stessa <<*serie e non arbitrarie*>>. Difatti la Corte argomenta nel senso che, attraverso l'esposizione del crocifisso, lo Stato di fatto impone indirettamente un credo e compie una scelta a favore di una religione. Ciò si pone in contrasto con l'obbligo di assicurare la diffusione obiettiva, critica e pluralista delle conoscenze, nel rispetto delle convinzioni filosofiche e religiose dei genitori. Inoltre, essendo il crocifisso <<*simbolo religioso forte*>>, ossia capace di trasmettere un messaggio religioso di contenuto preciso anche ai non credenti, la Corte ritiene che la sua esposizione in un paese a maggioranza cattolica possa costituire strumento di pressione sugli alunni che non si riconoscono in quel simbolo, e ne deduce che la sua esposizione viola la neutralità confessionale alla quale lo Stato deve attenersi⁴²⁵.

⁴²⁵ Nel comunicato stampa della Corte all'indomani della sentenza di primo grado si legge: <<La presenza del crocifisso, che è impossibile non notare nelle aule scolastiche, potrebbe essere facilmente interpretata dagli studenti di tutte le età come un simbolo religioso, che avvertirebbero così di essere educati in un ambiente scolastico che ha il marchio di una data religione. Tutto questo, potrebbe essere incoraggiante per gli studenti religiosi, ma fastidioso per i ragazzi che praticano altre religioni, in particolare se appartengono a minoranze religiose, o che sono atei. La Corte non è in grado di comprendere come l'esposizione, nelle classi delle scuole statali, di un simbolo che può essere ragionevolmente associato con il cattolicesimo, possa servire al pluralismo educativo che è essenziale per la conservazione di una società democratica così come è stata concepita dalla Convenzione europea dei diritti umani, un pluralismo che è riconosciuto dalla Corte costituzionale italiana. L'esposizione obbligatoria di un simbolo di una data confessione in luoghi che sono utilizzati dalle autorità pubbliche, e specialmente in classe, limita il diritto dei genitori di educare i loro figli in conformità con le proprie convinzioni e il diritto dei bambini di credere o non credere>>.

L'Italia, in tutta risposta, ha presentato ricorso alla Grande Camera il 28 gennaio 2010⁴²⁶. La sentenza definitiva⁴²⁷ è arrivata il 18 marzo 2011 e con essa i giudici della Corte europea hanno sorprendentemente stravolto la sentenza di primo grado accogliendo le ragioni dello Stato e dichiarando che non sussistono elementi che provino l'eventuale influenza sugli alunni dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche.

Ciononostante, nella sua motivazione, la Grande Camera ha voluto sottolineare taluni concetti che risultano di particolare interesse. In primo luogo, che *<<gli Stati hanno la responsabilità di garantire, in modo neutrale ed imparziale, l'esercizio di varie religioni, fedi e credenze. Il loro ruolo è dunque quello di contribuire a mantenere l'ordine pubblico, l'armonia religiosa e la tolleranza in una società democratica, in particolare tra gruppi opposti>>*⁴²⁸. Ciò riguarda sia le relazioni tra credenti e non credenti, sia le relazioni tra i seguaci di varie religioni, fedi e credenze. Quindi sembra confermata la concezione "neutrale" della Corte europea in tema di laicità degli Stati. D'altra parte, poiché lo scopo dell'art. 2 del Protocollo n. 1 è quello di salvaguardare la possibilità di pluralismo in materia di istruzione, esso richiede allo Stato, nell'esercizio delle sue funzioni in materia di istruzione e di insegnamento, di fare in modo che le informazioni o conoscenze incluse nel curriculum scolastico vengano convogliate in modo obiettivo, critico e pluralistico, consentendo agli alunni di sviluppare uno spirito

⁴²⁶ Nel ricorso il Governo italiano ha lamentato, fra l'altro, il fatto che la Corte non avesse tenuto in debito conto il margine di apprezzamento di cui gli Stati membri godono in certi ambiti. Inoltre si criticava l'operato della Corte europea per aver accertato una violazione senza però indicare come la semplice presenza di un crocifisso nelle aule fosse sostanzialmente in grado di ridurre la possibilità di educare i figli secondo le convinzioni dei genitori. Il Governo ha richiamato l'attenzione anche sulla necessità di tener conto del diritto di quei genitori che invece vogliono mantenere i crocifissi nelle classi scolastiche, poiché l'eventuale rimozione equivarrebbe a un *"abuso di posizione di minoranza"* e sarebbe in contraddizione con il dovere dello Stato di soddisfare i bisogni religiosi dei propri cittadini.

⁴²⁷ *Lautsi and others v Italy* (Application no. 30814/06), disponibile sul sito www.echr.coe.int.

⁴²⁸ Punto 60., p. 25 della motivazione della sentenza.

critico, con particolare riguardo alla religione, nell'ambito di un ambiente tranquillo, libero da qualsiasi proselitismo. Allo Stato è dunque fatto divieto di perseguire un obiettivo di indottrinamento che possa essere considerato irrispettoso delle convinzioni religiose e filosofiche dei genitori. Questo è il limite che gli Stati non devono superare⁴²⁹.

Il Tribunale europeo ritiene inoltre che il crocifisso sia soprattutto un simbolo religioso, a prescindere dagli altri significati che gli si può attribuire e che vanno oltre il suo simbolismo. Peraltro, non ci sono prove dinanzi alla Corte che la visualizzazione di un simbolo religioso sulle pareti dell'aula scolastica possa influire sugli studenti, e quindi essa non può ragionevolmente affermare se il crocifisso abbia o meno un effetto sui giovani le cui convinzioni sono ancora in via di costituzione. È comunque comprensibile, secondo la Corte, che i primi ricorrenti avessero ravvisato nell'esposizione dei crocifissi una mancanza di rispetto da parte dello Stato nei confronti del loro diritto di istruire ed educare i figli in conformità alle proprie convinzioni filosofiche. <<Sia come sia>>, conclude la Corte, la percezione soggettiva dei ricorrenti non è in per sé sufficiente a dimostrare una violazione dell'articolo 2 del Protocollo n. 1.

Viene poi parzialmente accolta la visione del Governo italiano per cui il crocifisso non costituisce solo un simbolo religioso, ma è parte del patrimonio storico-culturale del Paese. Per questo motivo la Corte ritiene di non potersi intromettere nella decisione dello Stato di perpetuare una tradizione, poiché ciò rientra in linea di massima entro il "margine di apprezzamento" del convenuto. La Corte tiene in debito conto il fatto che l'Europa sia segnata da una grande diversità tra gli Stati membri, in particolare per quanto concerne l'aspetto dello sviluppo culturale e storico. Sottolinea, tuttavia, che il riferimento a una tradizione non può sollevare gli Stati contraenti dall'obbligo di rispettare i diritti e le libertà

⁴²⁹ Punto 62., p. 26 della motivazione della sentenza.

sanciti nella Convenzione e nei suoi protocolli. Inoltre, lo stesso “margine di apprezzamento” è sottoposto al monitoraggio europeo, per cui è sempre compito della Corte determinare se gli Stati abbiano superato i limiti *convenzionali*. A questo proposito, la Corte conferma che prescrivendo la presenza del crocifisso – definito <<un segno che, anche se gli viene riconosciuto un valore simbolico secolare, si riferisce senza dubbio al Cristianesimo>> – la normativa interna conferisce alla religione maggioritaria del paese visibilità preponderante in ambito scolastico. Questo aspetto peraltro non è stato giudicato di per sé sufficiente ad indicare un processo di indottrinamento da parte dello Stato italiano.

Ebbene, la motivazione della Corte non sembra del tutto coerente⁴³⁰. Rimanendo nell'ambito della scuola, viene da pensare che soltanto una scuola veramente laica, che rispetti cioè tutte le fedi senza privilegiarne alcuna, sia in grado di operare su un piano di *parità* e quindi con piena legittimità “costituzionale” e “convenzionale”. Il pluralismo religioso e culturale può infatti realizzarsi soltanto se le istituzioni scolastiche pubbliche rimangono imparziali di fronte al fenomeno religioso, e ciò

⁴³⁰ Si veda però la *dissenting opinion* dei giudici Malinverni e Kalaydjieva, in *Lautsi and others v Italy* (Application no. 30814/06). Se ne riporta qui un estratto (paragrafi 2 e 8): <<We now live in a multicultural society, in which the effective protection of religious freedom and of the right to education requires strict neutrality in State-school education, which must make every effort to promote pluralism in education as a fundamental feature of a democratic society within the meaning of the Convention. The principle of State neutrality has, moreover, been expressly recognised by the Italian Constitutional Court itself, in whose view it flows from the fundamental principle of equality of all citizens and the prohibition of any discrimination that the State must adopt an attitude of impartiality towards religious beliefs.

The second sentence of Article 2 of Protocol No. 1 implies that the State, in fulfilling the functions assumed by it in regard to education and teaching, must take care that knowledge is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner. Schools should be a meeting place for different religions and philosophical convictions, in which pupils can acquire knowledge about their respective thoughts and traditions. [omissis]

To conclude, effective protection of the rights guaranteed by Article 2 of Protocol No. 1 and Article 9 of the Convention requires States to observe the strictest denominational neutrality. This is not limited to the school curriculum, but also extends to “the school environment”. As primary and secondary schooling are compulsory, the State should not impose on pupils, against their will and without their being able to extract themselves, the symbol of a religion with which they do not identify. In doing so, the respondent Government have violated Article 2 of Protocol No. 1 and Article 9 of the Convention>>.

avviene anche attraverso la mancata esposizione di simboli religiosi⁴³¹. Pare più coerente con l'intero assetto europeo, favorire la realizzazione di politiche educative basate sì sulla naturale valorizzazione della diversità delle culture, ma orientate a comporre identità multiple e fedi diversificate, quindi favorevoli anche un approccio critico al fenomeno religioso globalmente inteso, che possa abituare fin dalla primissima scolarizzazione ad una "normalità di visione serena e pluralista delle religioni"⁴³². In questo disegno anche l'educazione scolastica potrebbe assumere un suo preciso ruolo nel processo di unificazione europea, se si impegnasse a promuovere le libertà personali, i valori della tolleranza, del dialogo interculturale, della convivenza civile; se, in sintesi, favorisse la formazione di un pensiero veramente laico⁴³³.

4. La laicità europea.

La sentenza appena commentata induce una riflessione più ampia sul tema della laicità in Europa. L'Unione ha inteso fondare le proprie radici sul valore della laicità⁴³⁴, quale carattere essenziale dell'identità civile europea e premessa necessaria delle azioni etico-politiche in ogni Paese europeo⁴³⁵. Infatti la laicità comunitaria "si basa su tre principi

⁴³¹ S. LARICCIA, *Le radici laiche dell'Europa*, in "Dir. famiglia", 2006 fasc. 1, p. 256.

⁴³² M. PARISI, *Cittadinanza europea, organizzazioni religiose e processi di integrazione giuridico-politica: realizzazioni e prospettive*, in "Dir. famiglia", 2010 fasc. 2, pp. 931-962.

⁴³³ Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Stato laico, pensiero laico, pensiero dello Stato laico*, in AA. VV., *Laicità e Stato di diritto*, a cura di A. CERETTI – L. GARLATI, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 55-70.

⁴³⁴ Deve accogliersi con soddisfazione la conclusione del lungo dibattito che in Italia ha riguardato l'inserimento delle *radici cristiane* nell'ambito del preambolo della Costituzione europea. Al riguardo S. LARICCIA, *ult. op. cit.*, nota come "indipendentemente dalle intenzioni, è assai breve il tragitto che da questo riconoscimento avrebbe condotto a quello della sopravvivenza di tali radici e dunque all'affermazione che l'Europa è un'entità cristiana, con l'inevitabile conseguenza che una condotta di vita non cristiana o l'approvazione di una norma, per esempio, in materia di aborto o di matrimoni omosessuali, contrastante con le aspettative di una Chiesa cristiana sarebbero state ritenute una violazione della Costituzione europea".

⁴³⁵ G. B. VARNIER, *Laicità, radici cristiane e regolamentazione del fenomeno religioso nella dimensione dell'U.E.*, in "Studi urbinati", 2007 fasc. 3, p. 397-413, p. 404.

irrinunciabili: *libertà* come libertà di coscienza e libertà di culto religioso; *eguaglianza* – sul piano del diritto – tra tutte le opzioni spirituali e religiose; *fraternità* (nel senso di comportamenti pubblici non aggressivi) delle diverse comunità religiose tra loro e di ciascuna nei confronti dello Stato”⁴³⁶. Altro elemento essenziale del pensiero laico è stato individuato nel principio della *tolleranza* o principio del dialogo⁴³⁷, che nella maggior parte dei Paesi d’Europa costituisce uno degli aspetti essenziali del concetto di laicità, e che ha trovato la sua realizzazione nella garanzia del *pluralismo*, da intendersi come “il diritto di ciascuno e di tutti non solo di credere, ma di perseguire in forma organizzata le proprie convinzioni, senza alcun limite di ordine pubblico ideale”⁴³⁸.

È necessario ricordare che, purtroppo, il principio di laicità fatica a ottenere compiuta definizione anche a livello europeo, tant’è che non è espressamente contemplato nelle Costituzioni europee – ad esclusione di quella francese – e neppure nelle *Carte dei diritti*⁴³⁹ e nella Costituzione europea del 2004. Tuttavia, tale principio, specie nella sua connotazione originaria in termini di separazione della sfera statale da quella propriamente religiosa, risulta chiaramente dal sistema di democrazia pluralista previsto in molte Costituzioni degli Stati membri. Lo stesso può dirsi con riguardo alle *Carte dei diritti* che seppur non prevedono esplicitamente il principio di laicità, fanno riferimento a regole e principi

⁴³⁶ F. DE GIORGI, *Laicità europea. Processi storici, categorie, ambiti*, Brescia, Ed. Morcelliana, 2007, p. 202.

⁴³⁷ G. CALOGERO, *Tolleranza e indifferenza*, in *Quaderno laico*, Bari, Laterza, 1967, pp. 72-73. Sul quale l’autore ha scritto: «<Si tratta non già di scoprire una religione o una filosofia universale al di sopra delle religioni e delle filosofie particolari che si contrappongono nel mondo, e neppure di vagheggiarle tutte allo stesso modo in una loro imbalsamazione da museo, ma bensì di vedere se, e in che misura, nelle singole culture sia presente quel fondamentale principio della tolleranza, o principio del dialogo, secondo cui il rispetto, e la volontà di comprensione, per le culture e filosofie e religioni altrui, è ancora più importante, ai fini della civile convivenza di tutti, del sincero convincimento della verità delle idee proposte>>».

⁴³⁸ Cfr. M. MANETTI, *Tolleranza*, in “Dizionario giuridico”, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 460.

⁴³⁹ Il riferimento è alla Carta di Nizza e alla Convenzione del 1950.

dai quali si deduce la pratica applicazione dei *valori* che lo compongono⁴⁴⁰, quali quelli di *eguaglianza, tolleranza, antidogmatismo e pluralismo*.

Specialmente le disposizioni che prevedono i diritti di libertà dei cittadini europei e l'osservanza del diritto nel sistema giuridico dell'Unione, compongono un *patrimonio costituzionale comune* all'interno del quale rientra certamente anche il principio di laicità; principio che può essere oggi inteso come principio generale degli ordinamenti, che si riferisce a un modello di *neutralità attiva* dello Stato, imponendo "a quest'ultimo, non solo in campo religioso, di favorire l'espressione di tutte le possibili istanze (ideologiche, politiche, religiose, culturali), impedendo tuttavia l'affermarsi – non già l'esprimersi – di quelle che, per la loro intrinseca natura, abbiano uno scopo di prevaricazione derivante da un atteggiamento di integralismo esclusivo"⁴⁴¹.

Ancora lungo è dunque il cammino "positivo" della laicità, ma si può dire, senza ombra di dubbio, che l'ordinamento europeo lo considera un valore universale, e vincola comunque gli Stati membri a rispettare incondizionatamente i suoi contenuti.

5. Lo status delle chiese in Europa.

È stata accolta con leggera insoddisfazione la disposizione inserita nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in base alla quale: <<L'Unione rispetta e non pregiudica lo status di cui le chiese e le associazioni o comunità religiose godono negli Stati membri in virtù del diritto nazionale>>⁴⁴². In proposito è stato detto che l'Unione, invece di battere la strada degli atti internazionali sui diritti umani⁴⁴³, e in particolare della CEDU⁴⁴⁴, ossia

⁴⁴⁰ Cfr, S. LARICCIA, *Le radici laiche dell'Europa* cit., p. 258.

⁴⁴¹ F. RIMOLI, *Laicità*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1995.

⁴⁴² Articolo 17, comma 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Tale disposizione ricalca quella che era stata inserita nella dichiarazione n. 11 apposta al Trattato di Amsterdam (1997).

⁴⁴³ Si pensi al documento conclusivo della Riunione di Vienna dei rappresentanti degli Stati partecipanti alla Conferenza sulla sicurezza e la cooperazione in Europa (1986-

quella della garanzia della libertà religiosa individuale e collettiva, ha voluto impostare la questione religiosa nell'ordinamento europeo sulla falsariga dei sistemi nazionali, perdendo, in definitiva, l'occasione di innovare la condizione giuridica di chiese e comunità religiose⁴⁴⁵.

Del tutto positiva, comunque, la regolamentazione unitaria e paritaria dello status delle chiese e delle organizzazioni "filosofiche" richiamate al comma 2 della disposizione in commento, che recita: <<L'Unione rispetta ugualmente lo status di cui godono, in virtù del diritto nazionale, le organizzazioni filosofiche e non confessionali>>. In questo modo l'Europa dimostra di mettere sullo stesso piano i diritti collettivi dei credenti e dei non credenti, e di impegnarsi a rispettare la condizione giuridica prevista dalle legislazioni nazionali per chiese, associazioni o comunità religiose, organizzazioni filosofiche e non confessionali, non prefigurando alcuna gerarchia tra le soggettività coinvolte e non determinando possibili ordini di preferenza. Inoltre, il comma 3 della stessa norma, che prevede il <<dialogo aperto, trasparente e regolare>> con chiese e filosofie, conferma di riconoscere l'identità e il contributo

1989), che all'art. 16 recita: <<Al fine di assicurare la libertà dell'individuo di professare e praticare una religione o una convinzione, gli Stati partecipanti, fra l'altro, 1) adotteranno misure efficaci per impedire ed eliminare ogni discriminazione per motivi di religione o convinzione nei confronti di individui o comunità per quanto riguarda il riconoscimento, l'esercizio e il godimento dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in tutti i settori della vita civile, politica, economica, sociale e culturale e assicureranno l'effettiva uguaglianza fra credenti e non credenti; 2) favoriranno un clima di reciproca tolleranza e rispetto fra credenti di comunità diverse nonché fra credenti e non credenti>>.

⁴⁴⁴ V. articolo 9 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (1950) : <<1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. 2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la pubblica sicurezza, la protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui>>.

⁴⁴⁵ Cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, *Confessioni e comunità religiose o "filosofiche" nel Trattato di Lisbona*, Dossier sul Trattato di Lisbona, in "Riv. di studi sullo Stato", 2010, disponibile all'indirizzo www.unifi.it/rivsts/dossier/lisbona/Margiotta.pdf.

specifico nel processo di integrazione europea⁴⁴⁶. Come spiegato in dottrina, i caratteri dell'apertura e della trasparenza del dialogo attivato con le istituzioni europee, implicano *in teoria* che esso non seguirà un modello rigido, né avrà un limite temporale specifico, avendo l'attitudine "a toccare qualsiasi argomento ritenuto dalle parti utile per implementare la vita democratica dell'Unione"⁴⁴⁷. Si presume inoltre che verrà garantita, se non la pubblicità delle sedute, quantomeno il libero accesso ai documenti nel rispetto del diritto all'informazione dei cittadini europei, ma soprattutto per contrastare la tendenza alla realizzazione di azioni lobbistiche⁴⁴⁸. Restano comunque da definire diversi aspetti "pratici" della disposizione⁴⁴⁹.

Ad ogni modo, la portata della disposizione finisce per interessare direttamente il nostro diritto interno più di quanto si pensi. Specie la volontà dell'Unione di non effettuare distinzioni tra confessioni con intesa e confessioni senza intesa, tanto più tra organizzazioni confessionali e organizzazioni non confessionali e filosofiche, dovrebbe incidere positivamente sulle proposte di disciplina organica della libertà di religione, ovvero imporre una *revisione* costituzionale rispettosa del diritto

⁴⁴⁶ Art. 17, comma 3, TFUE: «Riconoscendone l'identità e il contributo specifico, l'Unione mantiene un dialogo aperto, trasparente e regolare con tali chiese e organizzazioni».

⁴⁴⁷ N. COLAIANNI, *Europa senza radici (cristiane)?*, in "Politica del diritto", 2004, n. 4, pp. 515 ss, pp. 523-525.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 525.

⁴⁴⁹ F. MARGIOTTA BROGLIO, *ult. op. cit.*, il quale osserva che "non sarà facile, all'interno delle competenze che il Trattato riserva all'Unione, individuare le materie «europee» di interesse e competenza delle organizzazioni religiose o filosofiche che possano diventare oggetto di un «dialogo regolare»", inoltre "non è affatto chiaro chi determinerà quali chiese, associazioni, comunità, organizzazioni filosofiche o non confessionali, avranno diritto a prendere parte al dialogo «religioso o filosofico» con l'Unione. In altri termini non si comprende, per ora, in che modo si procederà alla selezione degli attori religiosi o filosofici collettivi, e quali saranno i requisiti di rappresentatività dei rispettivi enti esponenziali per partecipare al dialogo/trattativa – una sorta di 'concertazione religiosa' – con la Commissione europea. Sarà, quindi, necessario definire i meccanismi procedurali e stabilire il "dominio" delle procedure negoziali".

europeo. Di conseguenza, si dovrebbe affermare in modo esplicito che l'aver stipulato intesa con lo Stato ex comma 3 dell'art. 8 Cost. non costituisce elemento di discriminazione nei confronti dei gruppi confessionali che ne sono privi⁴⁵⁰. Inoltre, la parificazione a livello europeo tra chiese e organizzazioni filosofiche e non confessionali, dovrebbe tradursi nell'estensione, anche a queste ultime, di forme di tutela indiscriminata, di natura diretta e indiretta, di modo che si realizzi l'auspicata equiparazione di trattamento⁴⁵¹.

Attendendo dunque le implicazioni che l'articolo 17 TFUE avrà in concreto, si può affermare, per rispondere alle critiche ad esso mosse, che tale previsione non consente certamente che questioni come i diritti e le libertà fondamentali, possano, in qualche modo, essere "contrattate" con le organizzazioni interessate. Né è da immaginare che per il fatto che l'Unione rispetta lo status di cui le chiese godono secondo il diritto nazionale, quest'ultimo possa violare la supremazia del diritto europeo, soprattutto in un sistema che, con i suoi principi e i suoi valori consolidati, pone al centro dell'ordinamento la persona umana⁴⁵², e si impone dunque quale fonte di garanzia per tutti. In altre parole, l'Unione riconosce un adeguato margine di apprezzamento alle "forme" in cui si articolano i

⁴⁵⁰ Cfr. N. COLAIANNI, *"Costituzione europea" e libertà di religione*, in *"Studi sull'integrazione europea"*, 2/2007, pp. 315-334. V. anche M. PARISI, *Linee evolutive dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 9 della Convenzione di Roma. Sviluppi e prospettive per il diritto di libertà religiosa nello spazio giuridico europeo*, in *"Dir. famiglia"*, 2009 fasc. 3, pp. 1525 ss, nota 23.

⁴⁵¹ Si potrebbe pensare all'estensione del meccanismo delle intese anche per i gruppi non confessionali, a forme di sostegno finanziario dello Stato, trattamento tributario agevolato, riconoscimento della personalità giuridica per gli enti esponenziali, ecc. Sul tema dell'interpretazione della libertà religiosa orientata costituzionalmente nel senso della sua conformità al principio di laicità v. N. COLAIANNI, *Per un diritto di libertà di religione costituzionalmente orientato*, in *"Dir. Eccl."*, I, 2007, pp. 83 ss.

⁴⁵² Cfr. A. BETTETINI, *Condizione delle chiese in Europa: soggettività e partecipazione all'attività degli organismi sovranazionali*, in M. PARISI (a cura di), *Le organizzazioni religiose nel processo costituente europeo*, Napoli, 2005, il quale nota come la tutela della personalità umana, nell'orizzonte valoriale che contraddistingue le tradizioni costituzionali nazionali e sovranazionali, appaia sia un impegno degli Stati aderenti all'Unione, sia soprattutto la ragione stessa dell'esistenza e della cooperazione in seno a tale consesso internazionale.

sistemi di disciplina unilaterale e pattizia del fattore religioso nell'ambito degli Stati membri, ma si riserva di vagliare, alla stregua del diritto convenzionale come interpretato dalle sue Corti, l'impatto "sostanziale" delle legislazioni nazionali sulle libertà di religione e di convinzione⁴⁵³. Difatti si deve tener conto anche del collegamento che si potrà eventualmente stabilire tra le nuove competenze dell'Unione europea in questo settore e le azioni della medesima in materia di lotta alla discriminazione religiosa (art. 10 e 19 TFUE), il tutto corredato dal riferimento ai diritti di libertà di religione garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla CEDU⁴⁵⁴. Dal canto loro, le chiese e le comunità religiose dovranno cessare di riposare sugli allori dei "nazionalismi costituzionali" (concordatari e non) che elargiscono favori alla religione "ufficiale" o di maggioranza, ed accettare la sfida del confronto positivo con una Unione laica, sempre più multietnica e pluralista in materia di religione e di credenze, e fare i conti con la sola, ma efficace, protezione dei diritti dell'uomo⁴⁵⁵.

6. Il <<diritto vivente>> della Corte di giustizia.

La giurisprudenza della Corte di giustizia è, indubbiamente, un fattore di primaria importanza nel processo d'integrazione europea. Ai nostri fini, è dunque inevitabile seguire le sue indicazioni per comprendere se e in che modo il diritto dell'Unione possa incidere anche sulle Leggi fondamentali degli Stati membri. È di tutta evidenza che, una volta riconosciuta l'attitudine delle norme di produzione europea a derogare allo stesso quadro costituzionale – fatti salvi i c.d. "controlimiti"

⁴⁵³ J. PASQUALI CERIOLO, *La tutela della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2011, pp. 13-14.

⁴⁵⁴ Sull'art. 9 della Cedu si veda, ad esempio, M. PARISI, *Linee evolutive dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 9 della Convenzione di Roma. Sviluppi e prospettive per il diritto di libertà religiosa nello spazio giuridico europeo* cit., pp. 1525 ss.

⁴⁵⁵ Cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, *Confessioni e comunità religiose o "filosofiche" nel Trattato di Lisbona* cit., p. 5.

–, ne derivino immediate e rilevanti conseguenze di ordine sistematico, con effetti sia *verso l'alto* (i principi fondamentali), che *verso il basso* (le norme subcostituzionali)⁴⁵⁶.

In questa direzione, di sicuro interesse è il caso *Internationale Handelsgesellschaft*⁴⁵⁷ del 1970, quando la Corte è stata chiamata a pronunciarsi, in via pregiudiziale⁴⁵⁸, dal tribunale amministrativo di Francoforte sul Meno a proposito della disciplina delle cauzioni di cui al regolamento CEE n. 120/1967 – in tema di organizzazione comune dei mercati nel settore dei cereali – ritenuta in contrasto, secondo il tribunale, con alcuni principi fondamentali del diritto costituzionale tedesco⁴⁵⁹. In quella occasione, la Corte ha ribadito la sua giurisprudenza costante per cui l'interpretazione e la valutazione della legittimità degli atti comunitari va condotta unicamente alla luce di parametri normativi comunitari, poiché <<*il richiamo a norme o nozioni di diritto nazionale (...) menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario*>>. A tale riguardo, essa afferma l'inopponibilità di qualunque norma o principio confliggente dell'ordinamento nazionale, anche se di rango costituzionale⁴⁶⁰, in quanto <<*il diritto nato dal trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può infatti trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità*>>. Quindi la Corte dimostra di non fare alcuna distinzione tra norme ordinarie e norme costituzionali degli Stati membri che si pongono in contrasto con l'ordinamento comunitario, ritenendo che <<*il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una costituzione*

⁴⁵⁶ A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza* cit., p. 546.

⁴⁵⁷ Cfr. sent. del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Racc.* 1970, p. 1125.

⁴⁵⁸ Ai sensi dell'art. 177 del trattato CEE, attuale art. 234 del trattato CE.

⁴⁵⁹ Art. 2, al. 1, e art. 14 della Legge fondamentale.

⁴⁶⁰ M. R. DONNARUMMA, *Il processo di "costituzionalizzazione" dell'Unione europea e la tensione dialettica tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e le giurisprudenze delle Corti costituzionali*, in "Riv. It. dir. pubbl. comunit.", 2010 fasc. 2, p. 407.

nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato>>.

Tali considerazioni sono alla base anche della causa *Commission c. Grand-Duché de Luxembourg* del 1996⁴⁶¹, in occasione della quale la Corte risponde allo Stato lussemburghese che invocava la necessità di valutare l'applicazione di una clausola della sua Costituzione⁴⁶² – la quale riserva ai soli cittadini dello Stato l'accesso agli uffici pubblici – in considerazione della <<*salvaguardia dell'identità nazionale*>>. La Corte, nel respingere le argomentazioni del governo di Lussemburgo, qualifica la "salvaguardia dell'identità nazionale" come mero <<*scopo legittimo rispettato dall'ordinamento giuridico comunitario*>>, pertanto ritiene che <<*l'interesse menzionato dal Granducato di Lussemburgo può tuttavia essere utilmente salvaguardato con mezzi diversi dall'esclusione in via generale dei cittadini di altri Stati membri*>>. Quindi essa ribadisce, a proposito dell'inopponibilità di norme dell'ordinamento interno, anche se di rango costituzionale, che <<*secondo una giurisprudenza costante, il richiamo a disposizioni dell'ordinamento giuridico interno per limitare la portata delle norme di diritto comunitario avrebbe l'effetto di sminuire l'unità e l'efficacia di questo diritto ed è quindi inammissibile*>>.

Ha provocato una modifica della Legge fondamentale⁴⁶³ della Repubblica federale tedesca, la sentenza della Corte di giustizia emessa nel caso *Tanja Kreil*⁴⁶⁴, con la quale la Corte si è pronunciata sull'interpretazione della direttiva CEE⁴⁶⁵ riguardante l'attuazione del principio di parità di trattamento fra uomini e donne, e sulla sua compatibilità con la disposizione della Legge fondamentale di Bonn che escludeva le donne dagli impieghi militari comportanti l'uso delle armi.

⁴⁶¹ Sentenza del 2 luglio 1996, causa C-473/93, *Racc.* 1996, p. I-3207.

⁴⁶² Art. 11, al. 2.

⁴⁶³ Art. 12°, al. 4, con legge di revisione costituzionale del 20 dicembre 2000.

⁴⁶⁴ Cfr. sent. 11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Racc.* 2000, p. I-69.

⁴⁶⁵ Direttiva 76/207/CEE.

La Corte ha riconosciuto che la parità di trattamento fra uomini e donne costituisce diritto fondamentale, e che qualsiasi deroga a un simile diritto soggiace al principio di proporzionalità, <<che fa parte dei principi giuridici generali sui quali è basato l'ordinamento giuridico comunitario>>. Nel caso di specie, il suddetto principio <<prescrive di conciliare, per quanto possibile, il principio della parità di trattamento con le esigenze della pubblica sicurezza che sono determinanti per le condizioni di esercizio delle attività di cui trattasi>>. La Corte conclude nel senso che le norme del diritto tedesco, che escludono in generale le donne dagli impieghi militari comportanti l'uso delle armi, sono incompatibili con la direttiva comunitaria e, quindi, inapplicabili⁴⁶⁶. La Repubblica federale tedesca ha così provveduto a modificare – con legge di revisione costituzionale – la disposizione incriminata, che in luogo del testo originale: <<In nessun caso le donne possono prestare servizio con le armi>>, ora recita: <<In nessun caso le donne possono essere obbligate a prestare servizio con le armi>>.

Da questa giurisprudenza emerge un ruolo molto incisivo della Corte di giustizia, che si giustifica quale necessaria conseguenza dell' <<integrazione>> europea e della tutela <<multilivello>> dei diritti fondamentali. Tali aspirazioni possono comportare variazioni di non poco conto negli attuali enunciati costituzionali degli Stati membri. Questi ultimi sono infatti tenuti ad adeguare le proprie normative nazionali – prescindendo dalla loro posizione nelle rispettive gerarchie delle fonti – non soccorrendo all'uopo alcuna distinzione tra norme ordinarie e norme costituzionali, al fine ultimo di realizzare la piena conformità al diritto comunitario e garantirne l'applicazione simultanea e uniforme in tutta l'area comunitaria.

⁴⁶⁶ M. R. DONNARUMMA, *Il processo di "costituzionalizzazione" dell'Unione europea cit.*, p. 409-410.

7. Il contesto italiano: se il diritto comunitario corrobora i “principi supremi”.

Svolte queste considerazioni, è il caso di applicarle direttamente al contesto italiano. Per effetto del mutamento di quest'ultimo e, più in generale, dell'intero contesto sovranazionale, talune novità appaiono non solo lecite, ma anzi necessarie. È opportuno quindi allontanare ogni forma di esasperata “mummificazione” o peggio, “sacralizzazione” del testo costituzionale, persino nei suoi principi, come se il prodotto consegnatoci dai padri costituenti sia, per forma e sostanza, in sé perfetto e indiscutibile⁴⁶⁷. Ciò che solo importa è la “fedeltà ai valori”, ossia l'attitudine delle novità normative e giurisprudenziali a porsi in maniera coerente con i fondamenti dell'ordinamento, e a mantenere costantemente elevato il livello di realizzazione dei valori medesimi, anzi, di innalzarlo ulteriormente, alle condizioni storicamente e positivamente date, rispetto a quello apprestato dalle formule costituzionali originarie⁴⁶⁸. Queste innovazioni potranno dunque essere giustificate in quanto si dimostrino più idonee delle espressioni originarie a dar voce ai valori fondanti l'ordine repubblicano, rispondendo allo scopo di dare ad essi una “trascrizione positiva ancora più nitida e fedele, aggiornata, complessivamente adeguata”⁴⁶⁹. Chiaramente, il tutto dovrà essere

⁴⁶⁷ A. RUGGERI, *Cinque paradossi (... apparenti) in tema di integrazione sovranazionale e tutela dei diritti fondamentali*, in “Dir. pubbl. comparato ed europeo”, 2009 fasc. 2, pp. 533-560.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 535. In base a questo assunto, l'autore giunge a ritenere che “lo stesso simbolo dell'identità costituzionale, la bandiera, potrebbe essere rifatto, includendovi il simbolo dell'Unione (...); allo stesso modo, potrebbe essere riscritto, riaprendo un'antica ma fin qui inappagata risposta, l'art. 11, facendovi espresso richiamo all'Unione, e via dicendo. E così ugualmente potrebbe dirsi in merito alla trascrizione di “nuovi” diritti costituzionali, che poi per la gran parte veramente nuovi non sarebbero, trattandosi piuttosto di razionalizzare gli effetti prodotti da indirizzi giurisprudenziali già in misura considerevole ramificati e diffusi, quando non direttamente da statuizioni di leggi comuni e, persino, di atti inferiori”.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 536-537. Della opportunità di adeguare ai tempi le formule costituzionali, specie relative a diritti, l'autore ragiona anche in A. RUGGERI, *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, Relazione al Convegno su

improntato al rispetto di quel "*principio architettonico del sistema*"⁴⁷⁰ che è la ragionevolezza, quale canone di apprezzamento generale e pervasivo dell'intera esperienza giuridica. Ciò che implica anche che non vi sarà motivo di dar luogo ad innovazioni radicali del dettato costituzionale laddove il medesimo risultato possa essere raggiunto per via ermeneutica⁴⁷¹, essenzialmente attraverso interpretazioni evolutive dei testi costituzionali compiute dagli organi di giustizia costituzionale.

La questione acquista speciale rilievo proprio nella prospettiva dell'integrazione europea e dell'identità costituzionale dell'Unione, come risulta dal bellissimo e limpido testo dell'articolo 2 del neo-nato Trattato di Lisbona, che recita: <<*L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini*>>. Si individua così un "nucleo duro" di valori giudicati "comuni" all'Unione e agli Stati, i quali, a loro volta, potranno arricchire tale nucleo con i tratti caratterizzanti le loro identità costituzionali⁴⁷², ossia con i loro principi supremi (che ne fanno appunto l'identità), entrando a comporre l'identità dell'Unione stessa. I principi supremi, a loro volta, secondo corrente dottrina, opereranno da "controlimiti" all'integrazione europea.

"Nel sessantesimo della Costituzione italiana e della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo", Bologna, 9-6-2008, in "Rendiconti degli anni 2007-2008" dell'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna, Classe di Scienze Morali, Bologna Bononia U.P., 2009, p. 215 ss., nonché in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁴⁷⁰ L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè, 2005.

⁴⁷¹ Ciò ovviamente non esclude la liceità dell'innovazione in sé, cfr. A. RUGGERI, *Cinque paradossi (... apparenti)* cit., p. 537.

⁴⁷² Che sia così lo conferma l'art. 4 del Trattato di Lisbona, per cui è fatto obbligo all'Unione di prestare ossequio all'identità degli Stati.

Pare l'immagine di un cane che si morde la coda. Sarebbe più proficuo propendere per l'abbandono di certe posizioni che portano gli Stati a chiudersi in se stessi coi propri principi considerati "sacri e inviolabili". Non si tratta di abdicare alla propria identità costituzionale, ma di assumere consapevolezza di far parte di un sistema composito di "diritto costituzionale europeo comune"⁴⁷³, ove non si dovrebbe ragionare di teoria delle fonti o di gerarchie, bensì di teoria dell'interpretazione, per la quale si rendono necessarie operazioni di "bilanciamento" basate su valori aventi *tutti* la medesima forza e natura, per cui talvolta certi principi-valori dovranno cedere in favore di altri ritenuti prevalenti, quali che siano le fonti che li contengono.

Così delineato il quadro di tutela dei diritti, resta da ricercare la *fonte* che sia in grado di offrirne la tutela più intensa. In questo mosaico bisogna infatti considerare che le *Carte comunitarie*, se ritenute maggiormente "avanzate" - con riguardo alle loro previsioni dedicate alla tutela dei diritti - rispetto alla nostra Costituzione, risultano ancor più "costituzionali" della Costituzione stessa, in ragione del fatto che quest'ultima circonda gli stessi diritti di limiti cui invece essi, per quelle *Carte*, non vanno soggetti⁴⁷⁴. Di conseguenza, per risolvere il dilemma non resta che percorrere, come sempre, o la via legislativa o la via ermeneutica. Per l'una si tratterebbe di dare esecuzione alle Carte suddette a mezzo di revisione costituzionale *ex art. 138 Cost.*; per l'altra si tratterebbe di ricorrere ad articolate reinterpretazioni degli enunciati costituzionali ad opera, evidentemente, dei giudici costituzionali⁴⁷⁵.

⁴⁷³ P. HÄBERLE, *Costituzione e identità culturale. Tra Europa e Stati Nazionali*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 58 ss.

⁴⁷⁴ A. RUGGERI, *Cinque paradossi (... apparenti)* cit., p. 556.

⁴⁷⁵ *Ibidem*. L'autore preferisce ricorrere alla prima soluzione, in considerazione del fatto che dilatare ed enfatizzare oltre misura le capacità prescrittive del testo costituzionale "non è rendere un buon servizio alla legge fondamentale". Tuttavia egli è pure cosciente del rischio di demandare alla maggioranza di turno la decisione circa l'opportunità di immettere nell'ordine interno documenti normativi di rilevante portata,

In ogni caso, se – come proposto – si ragiona sul piano dell'interpretazione piuttosto che delle fonti, si ha modo di ottenere effetti di un certo peso, perché ciascun documento sarà in grado di contribuire coi suoi contenuti al raggiungimento della massima tutela realizzabile di un certo diritto, tramite un moto ermeneutico <<pluridirezionale>> che obblighi simultaneamente l'ordinamento sovranazionale e quello nazionale a volgersi l'uno verso l'altro e ad attingere a ciò che di meglio ciascuno di essi può offrire al fine della incessante rigenerazione reciproca⁴⁷⁶. La Costituzione, così, potrà soffrire dell'influenza di documenti più incisivi e aggiornati, adeguati alle esigenze dell'uomo e della società intera, e ciò deve far riflettere circa l'eventualità di procedere a un suo rinnovamento ovvero snellimento, in modo da "inverare" la sua sostanza e restituirle il ruolo di suprema regina dell'ordinamento.

quali le Carte dei diritti. Perciò propone di pervenire alla confezione di un atto costituzionale unicamente laddove i suoi contenuti siano ormai stati metabolizzati dalla cultura giuridica del tempo e profondamente radicati nel tessuto sociale.

⁴⁷⁶ Cfr. A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza* cit., p. 546.

CONCLUSIONI

(PER UN PRINCIPIO DI PROPOSTA)

Giunti al termine del presente lavoro, si percepisce un sentimento confuso, qualcosa di simile a una mistura di incertezza, di impotenza, di tristezza. Incertezza, è ciò che si prova guardando al complessivo costruito giuridico, alla forma che diviene sostanza e alla sostanza che ancora attende una forma, alle soluzioni incoerenti e alle decisioni indecise. Impotenza, rispetto agli atteggiamenti vessatori, alle ingiustizie, alle discriminazioni e ai privilegi, in un sistema che *in teoria* dice di ispirarsi ai valori del *pluralismo* e della *democrazia*. Infine tristezza e profondo sconforto per un sistema siffatto, per una Carta stropicciata e abbandonata a se stessa.

Pessimismo, si dirà. Grazie, perché no? Anche sull'onda del pessimismo può intravedersi un bagliore di speranza. E una timida proposta.

È un fatto che in questo momento il nostro ordinamento costituzionale non può essere completamente laico⁴⁷⁷: la Carta ha scelto di regolare il fenomeno religioso attraverso un sistema di intese e Concordato, ha scelto di distinguere le *altre* confessioni religiose dalla Chiesa cattolica; così ha fatto sostanzialmente proprio il diritto confessionale, e così ha generato il caos, *rectius* ha generato veri e propri fenomeni di rottura dello stesso "spirito" costituzionale e di lesione di diritti fondamentali. Lo Stato laico significa *in primis* uguaglianza di opportunità tra tutte le convinzioni, religiose e non, e in ogni caso

⁴⁷⁷ Seppure – come abbiamo visto – parte della dottrina tende a individuare il riferimento espresso al valore della laicità nel primo comma dell'art. 7 della Costituzione, ossia nel principio di indipendenza tra Stato e Chiesa cattolica, resta il fatto che la previsione dei Patti Lateranensi di cui al secondo comma dello stesso articolo, con gli elementi di confessionalità che essi contengono, non consente di aderire, purtroppo, alla tesi della piena laicità dell'ordinamento costituzionale italiano.

distinzione tra la sfera civile e quella religiosa. Ma il nostro ordinamento pare aver spostato verso altri confini la realizzazione del supremo principio di laicità. La stessa Chiesa cattolica tende a svuotarne il contenuto, come quando, ad esempio, la Congregazione cattolica per la dottrina della fede, rivolgendosi ai politici italiani, ha affermato che: *“Per la dottrina morale cattolica la laicità intesa come autonomia della sfera civile e politica da quella religiosa ed ecclesiastica – ma non da quella morale – è un valore acquisito e riconosciuto dalla Chiesa”*. Come a dire insomma: vantate pure una separazione tra religione e politica, resta comunque che la Chiesa cattolica è l'autorità divina, ultima e legittima, che definisce la verità in tema di moralità e che (quindi) stabilisce ciò che è giusto in politica⁴⁷⁸. In realtà anche la Chiesa è umana, anzi troppo umana, ed è perciò piena di errori e di decisioni contingenti legate ai momenti storici. Dal canto suo lo Stato si nasconde dietro l'omertà, e anzi favorisce (nemmeno tanto silenziosamente) la presenza ingombrante della Chiesa, piuttosto che lasciare che la difesa dei principi e dei valori cristiani si realizzi al di fuori delle istituzioni e delle leggi, e cioè nel vivo, aperto e disponibile tessuto della nostra vita sociale⁴⁷⁹.

In questo scenario si è reso necessario risalire alla radice del problema, che – se vogliamo – non sta tanto nel fatto che lo Stato abbia deciso di regolare i suoi rapporti con la Chiesa cattolica per il mezzo di un accordo, e che questo accordo sia corredato dai contenuti più privilegianti, ma piuttosto nel fatto che tali contenuti non sono stati estesi a tutte le altre confessioni religiose, anzi, a tutte le altre “convinzioni” spirituali, così di fatto contribuendo alla realizzazione di quella <<macroscopica diversità di posizione e di trattamento>>⁴⁸⁰ di cui ancora gode la Chiesa cattolica.

⁴⁷⁸ Cfr. S. LARICCIA, *Le radici laiche dell'Europa* cit., p. 253.

⁴⁷⁹ A. MORO, *Scritti e discorsi*, a cura di G. ROSSINI, VI, 1974-1978, Roma, Cinque lune, 1990, pp. 3155 ss.

⁴⁸⁰ P.A. D'AVACK, *Libertà religiosa*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, p. 601.

Perché la distinzione che la Carta ha fatto, è una distinzione di forma, non certo di contenuti. Essa ha riconosciuto l'esistenza di un Patto che era nato prima di lei, era un fatto storico, eccezionale e contingente, difatti subito dopo si è preoccupata di sancire l'eguale libertà di *tutte* le confessioni religiose, *id est* Chiesa cattolica compresa. Era questa la norma in cui sarebbe rifluito il rapporto con la Chiesa, se quel Patto non ci fosse stato. Soprattutto, se quel Patto non fosse stato *espressamente* richiamato in Costituzione. Perché tanto è bastato perché alla Chiesa venisse garantito un *favor religionis* che non ha pari.

Ma c'è un altro errore che i nostri padri costituenti non hanno considerato (e come avrebbero potuto del resto). Non hanno pensato che la dimensione spirituale non sarebbe stata facilmente riconoscibile, quantificabile, non hanno pensato che chi non crede in alcun credo avrebbe avuto bisogno di esplicito riconoscimento per ricevere concreta tutela.

E però, basta. È giunta l'ora di una svolta che sia veramente laica, in cui nessuno impone le proprie credenze, in alcun ambito della società. La laicità deve prevenire ogni "abuso di posizione dominante"⁴⁸¹ e si rende necessaria per garantire il rispetto delle regole da parte di tutti⁴⁸². Non si può più permettere l'attuale situazione, per rispetto della Costituzione stessa, per devozione ai valori supremi su cui essa si fonda, per osservanza del contesto sovranazionale in cui siamo inseriti.

"Democrazia pluralista, libertà di manifestazione del pensiero, libertà di coscienza e di religione per tutti, eguaglianza davanti alla legge di tutti gli esseri umani e di tutti i gruppi sociali, eguale libertà delle confessioni religiose, imparzialità dei pubblici poteri di fronte al fenomeno religioso, neutralità delle

⁴⁸¹ E. TORTAROLO, *Sui diversi significati del termine <<laicità>> nell'ambito della Chiesa cattolica e nell'odierna società civile*, in F. TRANIELLO - F. BOLGIANI - F. MARGIOTTA BROGLIO (a cura di), *Stato e Chiesa in Italia. Le radici di una svolta*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 162.

⁴⁸² G. CIMBALO, *Laicità come strumento di educazione alla convivenza*, in "Laicità e diritto", (a cura di) S. CANESTRARI, Bologna, 2007, p. 304.

*istituzionali civili nei confronti delle scelte individuali dei cittadini, rispetto della ragione e del diritto*⁴⁸³ sono questi i supremi principi su cui si fonda, *costituzionalmente e comunitariamente*, la realizzazione di una piena *laicità*. E allora, a fronte di questi principi supremi, gli articoli 7 e 8 della Costituzione ci appaiono diritto "intollerabilmente ingiusto". Dunque, affinché tutto ciò non si riduca a un mero "espediente teorico", si avanza qui una modesta proposta di superamento dell'aporia, pienamente consapevole delle difficoltà non solo pratiche che essa provocherebbe.

Sono state prospettate in questo lavoro due possibili modalità di revisione costituzionale: quella "legale" e quella "ermeneutica". Apparendo di fatto difficilmente praticabile la prima, dal momento che non sussistono le condizioni storico-politiche adeguate per tentare una legge che si proponga di modificare o abrogare – almeno per le parti "inutili" e "discriminanti" – gli artt. 7 e 8 della Costituzione, non resta che riporre massima fiducia nell'operato dei giudici costituzionali. Soltanto loro, forti dei valorosi principi supremi e armati dei diritti inviolabili dell'uomo, possono combattere la faticosa battaglia per l'inveramento della Costituzione. Ipotizziamo dunque – sulla scorta delle considerazioni fin qui svolte – che proprio la Corte Costituzionale possa dichiarare l'incostituzionalità degli articoli 7 e 8 Cost. sulla base dei già approfonditi argomenti: 1) essi discriminano le confessioni religiose privilegiando la confessione di maggioranza sulle altre e confermano, di fatto, la scelta per uno Stato confessionale quale non è la nostra Repubblica; 2) tali norme ostacolano l'eguaglianza sostanziale dei cittadini e dei gruppi sociali a causa della preferenza accordata al fattore religioso rispetto ad altri che pure concorrono al pieno sviluppo della persona umana (ex artt. 2 e 3 Cost.); 3) essi realizzano un sistema che è contrario al regime democratico della nostra Repubblica, di cui costituiscono caratteri essenziali il

⁴⁸³ L'elenco è di S. LARICCIA, *ult. op. cit.*

pluralismo e la libertà, e viola in definitiva i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, fra i quali quello di laicità dello Stato.

È chiaro che si tratta di un'ipotesi eccezionale, al limite del possibile, ma la proposta che se ne fa valere è comunque degna di attenzione, poiché in ogni caso si dovrebbe pensare a come sostituire gli attuali articoli 7 e 8 della Costituzione.

Certamente, se vogliamo vivere in regime democratico, andrebbe tolto di mezzo l'articolo 7 e con esso la copertura costituzionale conferita sia all'autonomia primaria della Chiesa cattolica nel proprio ordine (comma 1), sia alla regolamentazione dei suoi rapporti con lo Stato attraverso i Patti lateranensi (comma 2). Allo stesso modo, appare come un passaggio da superare l'imperfetto sistema delle intese di cui al terzo comma dell'articolo 8. Si ritiene infatti che per raggiungere la garanzia di una piena parità di posizione di tutte le confessioni religiose, e di un uguale trattamento giuridico per tutte, si debba abbandonare ogni forma di legislazione differenziata che possa trasformarsi nella conservazione sostanziale del regime attuale. Senza contare che a voler mantenere la disciplina delle intese non si riuscirebbe neppure a garantire l'assoluta uguaglianza, oltre che degli appartenenti alle diverse fedi, anche dei non credenti con i credenti stessi. A tale scopo solo il metodo separatista dell'irrelevanza giuridica del fenomeno religioso potrebbe garantire l'uguaglianza rispetto alla religione, escludendo appunto che possano essere emanate norme speciali per motivi religiosi⁴⁸⁴.

Senonché bisogna pure considerare l'obiezione in base alla quale la pura teoria separatista potrebbe rivelarsi insufficiente per l'attuazione di altro principio fondamentale, quello della libertà religiosa, poiché la

⁴⁸⁴ Sostenitore del metodo separatista è, fra i molti, F. ONIDA, *Separatismo e sistema di intese fra Stato e confessioni*, in A.A. V.V., *Individuo, gruppi, confessioni religiose* cit., del quale qui si seguono gli argomenti principali sostenuti a commento della proposta di legge Basso. Sottoscrive in pieno il pensiero di Onida anche P. BARILE, *Risultanze del dibattito sulla proposta Basso*, in A.A. V.V., *Individuo, gruppi, confessioni religiose* cit., pp. 1335-1357.

misura di libertà accordata dal diritto comune potrebbe non risultare adeguata a garantire le particolari esigenze della vita religiosa organizzata nelle confessioni. Si può allora accogliere un sistema di separatismo *temperato* "mediante l'ammissione di norme speciali atte ad assicurare l'effettiva libertà di quelle tipiche attività confessionali le quali incontrerebbero altrimenti nel diritto comune dei limiti non confacenti alla dignità e autonomia delle confessioni religiose"⁴⁸⁵. A questi fini ed entro questi limiti lo Stato potrebbe concordare l'emanazione di tali norme particolari con le singole confessioni seguendo alle richieste da queste avanzate; ed è evidente che non qualunque pretesa particolarità giustificherebbe una regolamentazione speciale, ma solo quelle che appariranno, obiettivamente, concrete e socialmente rilevanti⁴⁸⁶. Tale impostazione non pregiudica l'interesse dimostrato dal costituente verso il fenomeno religioso, sia a livello individuale che collettivo, dovendo ritenere che tale interesse si esaurisca tutto nella volontà che quel fenomeno abbia la <<possibilità>> di estrinsecarsi autonomamente, e invece escludere e reputare inammissibile un interesse dello Stato coincidente con i fini istituzionali delle confessioni religiose, e quindi un interesse a che i cittadini si facciano credenti, a favorire le attività di questi e delle confessioni in quanto tali⁴⁸⁷.

Quindi norme speciali sì, ma che appaiano in funzione della piena libertà e autonomia delle confessioni, e non siano lesive di altri interessi fondamentali dell'ordinamento. Sulla base di queste premesse si potrebbe assumere a modello la prima proposta di legge costituzionale a firma dell'on. Basso, laddove si diceva che <<le attività ecclesiastiche, in quanto afferenti a interessi diversi da quelli propriamente spirituali, sono disciplinate dalla legge comune nel rispetto dell'indipendenza delle confessioni religiose. È fatta salva l'adozione concordata di norme speciali rispondenti a specifiche

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 672.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 678.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 680.

esigenze prospettate dalle singole confessioni religiose. Tale regolamentazione non può comunque ledere i diritti costituzionali dei cittadini>>. Da qui partire per una radicale riformulazione delle norme costituzionali in materia religiosa.

In particolare, immaginiamo che il contenuto dell'art. 7 Cost. venga modificato per dotare il nostro ordinamento, una volta per tutte, dell'affermazione positiva del principio di laicità, e abbandonare così definitivamente il fantasma dello Stato confessionale con tutte le conseguenze che ne derivano. L'art. 8 Cost. dovrebbe invece realizzare l'auspicata eguaglianza tra "confessioni" e "convinzioni", tra credenti e non credenti, e specificare in che modo tali gruppi dovrebbero entrare in rapporto con lo Stato.

A tali fini si possono ipotizzare le seguenti formulazioni:

Art. 7: <<L'Italia è una Repubblica laica.

Essa non prende posizione nei riguardi delle scelte spirituali dei cittadini e promuove la neutralità delle proprie istituzioni>>.

Art. 8: <<Tutte le confessioni religiose e le convinzioni filosofiche hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge.

Le confessioni religiose e le organizzazioni filosofiche sono indipendenti e hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano.

Le loro attività sono regolate dalla legge comune. È fatta salva l'adozione concordata di norme speciali rispondenti a specifiche obiettive esigenze prospettate dalle singole confessioni religiose e organizzazioni filosofiche. Tale regolamentazione non può ledere la libertà e l'eguaglianza dei cittadini.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico, sociale e culturale che di fatto impediscono la parità di trattamento delle confessioni religiose e delle organizzazioni filosofiche nel pieno rispetto del principio di laicità dello Stato>>.

Quanto all'art. 19 Cost., è ovvio e legittimo aspettarsi che anch'esso venga rimodulato affinché non sia più riferito alla sola libertà positivamente orientata nei confronti delle opzioni fideistiche, ma anche alla libertà negativa, di ateismo o di agnosticismo.

Si ha coscienza del fatto che una simile proposta avrebbe bisogno di un ulteriore approfondimento che tenga conto di tutte le connesse difficoltà di realizzazione, come pure del fatto che rischia di rimanere pura *utopia*. Confidiamo però che essa possa rappresentare un'idea per la realizzazione, in un futuro non tanto lontano, di un "*clima di eguaglianza, di libertà e di rispetto per tutti*"⁴⁸⁸. Ed è questo un clima <<sostanziale>>, che ognuno di noi può e deve contribuire a realizzare.

⁴⁸⁸ Sono le parole conclusive dell'esponente del partito cattolico Sturzo in un articolo apparso subito dopo l'approvazione dell'art. 7 Cost.: <<si è costruita una barriera, un argine per garantire la pace religiosa, ma togliamoci subito ogni illusione: si tratta di un argine che si pretende essere giuridico, ma che in realtà è un argine soltanto politico (...). La pace religiosa non si difende con barriere di tipo giuridico, né con strumenti costituzionali che garantiscano regimi privilegiati, ma in clima di eguaglianza, di libertà e di rispetto per tutti>>.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, raccolta degli atti del Convegno nazionale di Diritto ecclesiastico (Siena 30 novembre - 2 dicembre 1972), Milano, Giuffrè, 1973.

AA. VV., *Laicità e principio di non discriminazione*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009.

AINIS M., *Chiesa padrona. Un falso giuridico dai Patti Lateranensi a oggi*, Milano, Garzanti, 2009.

AINIS M., *Laicità e confessioni religiose*, in "Rassegna parlamentare", 2008 fasc. 1, pp. 15-51.

AINIS M., *Legge sui rapporti con la Chiesa cattolica e le altre confessioni religiose*, in "Rassegna parlamentare", 2010 fasc. 1, pp. 263- 266.

ALBISETTI A., *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2010.

ALEXY R., *Concetto e validità del diritto [Begriff und Geltung des Rechts (1992)]*, trad. it. di F. Fiore, Einaudi, Torino, 1997.

ALPA G., *Principi generali*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, IV ed., Utet, 1996, pp. 355 ss.

ARLOTTA A., *La tutela dei diritti dell'uomo a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: rapporti tra normativa interna e Cedu*, in "Giur. merito", 2011 fasc. 2, pp. 525 ss.

BACHOF O., *Normas constitucionais incostitucionais? [Verfassungswidrige Verfassungsnormen?]*, trad. portoghese a cura di J.M. Cardoso da Costa, Coimbra, Livraria Almedina, 1994.

BALDASSARRE A., *Costituzione e teoria dei valori*, in "Politica del diritto", 1991, n. 4, pp. 639-658.

BALDASSARRE A., *Una risposta a Guastini*, in "Giur. cost.", 2007 fasc. 4, pp. 3251 ss.

BARBERA A., *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, in "Una e indivisibile", ristampa fuori commercio della voce *Costituzione* di C. Mortati, con una nota di G. Giuffrè, ed. fuori commercio, Milano, Giuffrè, 2007.

BARBERA A., *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in "Quaderni costituzionali", 2010 fasc. 2, pp. 311-358.

BARBERIS M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, II ed., Torino, Giappichelli, 2005.

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984.

BARILE P., *Tra Costituzione e riforme. Scritti e interviste (1980-2000)*, a cura di Renzo Cassigoli, Firenze, Passigli Editori, 2001.

BARTOLE S., *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, in "Giur. cost.", 1988, I, pp. 5570 ss.

BERLINGÒ S., *Autonomia e pluralismo confessionali, eguale libertà e sistema normativo*, in AA. Vv., *Studi per la sistemazione delle fonti in materia ecclesiastica*, (a cura di) V. Tozzi, Salerno, Edisud, 1993.

BERLINGÒ S., *Il principio <<pattizio>>: una garanzia costituzionale <<forte>> per i rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose*, in "Politica del diritto", 1996, n. 1, pp. 49-65.

BETTETINI A., *Condizione delle chiese in Europa: soggettività e partecipazione all'attività degli organismi sovranazionali*, in M. Parisi (a cura di), *Le organizzazioni religiose nel processo costituente europeo*, Napoli, ESI, 2005.

BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, 2° ed., Milano, Giuffrè, 1971.

BETTI E., *Teoria generale della interpretazione*, (a cura di) G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1990.

BIN R., art. 7, in V. CRISAFULLI – L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 1990.

BIN R., art. 8, in V. CRISAFULLI – L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 1990.

BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979.

BONGIOVANNI G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

BONGIOVANNI G., *Teorie "costituzionalistiche" del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Bologna, Clueb, 2000.

CALABRÒ G.P., *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralistica*, Torino, Giappichelli, 1999.

CALAMANDREI P., *Art. 7: storia quasi segreta di una discussione e di un voto*, in "Il Ponte", anno III, n. 4, 1947.

CALAMANDREI P., *Intervento Ass. Cost. (20 marzo 1947)*, in *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Roma, 1970, pp. 503 ss.

CALOGERO G., *Tolleranza e indifferenza*, in *Quaderno laico*, Bari, Laterza, 1967.

CALVANO R., *Il ruolo dei principi fondamentali della Costituzione nella giurisprudenza costituzionale*, in S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 361 ss.

CANONICO M., *L'idea di una legge generale sulla libertà religiosa: un prospettiva pericolosa e di dubbia utilità*, in "Dir. famiglia", 2010 fasc. 3, pp. 1360 ss.

CAPUTO G., *Sul "caso" Cordero*, in "Giurisprudenza costituzionale", 1972, pp. 2866 ss.

CARDIA C., *Il sistema pattizio alla prova: riforma dei Patti Lateranensi e stipulazione delle prime <<intese>>*, in "Politica del diritto", 1996, n. 1, pp. 67-71.

CARDIA C., *L'art. 6 del Trattato del Laterano. Un caso di amnesia giuridica*, in "Dir. eccl.", 1997, I, pp. 25 ss.

CARDIA C., *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna, Il Mulino, 1999.

CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995.

CARVALHO ESTRELLA A.L., *Normas constitucionais incostitucionais. (Verfassungswidrige Verfassungsnormen)*, Jus navigandi, Teresina, anno 9, n. 268, 1/2004.

CASAVOLA F.P., *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *I diritti dell'uomo*, 1994, III, pp. 5 ss.

CASUSCELLI G., *Pluralismo confessionale, separazione degli ordini e disciplina pattizia dei rapporti: dall'equilibrio del <<microsistema>> (art. 8 Cost.) alle incognite di una revisione <<per trascinamento>>*, in "Politica del diritto", 1996, n. 1. pp. 81-96.

CATALANO G., *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana. Contributo all'interpretazione sistematica dell'art. 7 della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1974.

CAVANA P., *Interpretazioni della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, Roma, AVE, 1998.

CAVANA P., *Laicità dello Stato: da concetto ideologico a principio giuridico*, in Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2008.

CHELI E., *Il giudice delle leggi. La corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, Il Mulino, 1999.

CHESSA O., *Che cos'è la Costituzione? La vita del testo*, in "Quaderni costituzionali", 2008.

CHESSA O., *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002.

CICCONETTI S.M., *La revisione della Costituzione*, Padova, Cedam, 1972.

CICCONETTI S.M., *Legge costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 930-939.

CICCONETTI S.M., *Lezioni di giustizia costituzionale*, III ed., Torino Giappichelli, 2006.

CICCONETTI S.M., *Revisione costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 134-157.

CIMBALO G., *Laicità come strumento di educazione alla convivenza*, in *Laicità e diritto*, (a cura di) S. Canestrari, Bologna, Bononia University Press, 2007.

CIPOLLINA S., *La Corte costituzionale ed il 5 per mille per il volontariato e la ricerca*, in "Riv. dir. fin.", 2007 fasc. 3, pp. 80 ss.

COLAIANNI N., *"Costituzione europea" e libertà di religione*, in "Studi sull'integrazione europea", 2007 fasc. 2, pp. 315-334.

COLAIANNI N., *Confessioni religiose*, in *Enc. Dir.*, Vol. IV, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 363 ss.

COLAIANNI N., *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2006.

COLAIANNI N., *Europa senza radici (cristiane)?*, in "Politica del diritto", 2004, n. 4, pp. 515 ss.

COLAIANNI N., *La fine del confessionismo e la laicità dello Stato (il ruolo della Corte costituzionale e della dottrina)*, in "Politica del diritto", 2009 fasc. 1, pp. 45-91.

COLAIANNI N., *Laicità e prevalenza delle fonti di diritto unilaterale sugli accordi con la Chiesa cattolica*, in "Politica del diritto", 2010 fasc. 2, pp. 181-225.

COLAIANNI N., *Per un diritto di libertà di religione costituzionalmente orientato*, in "Dir. Eccl.", I, 2007, pp. 83 ss.

COLARULLO E., *Concordato, intese e libertà individuali*, in Aa. Vv., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, Cedam, 1990, pp. 273 ss.

COPPOLA R., *Laicità relativa*, in *Rivista telematica* (www.statoechurchese.it), 2007.

CRISAFULLI V., *Costituzione*, in *Enc. Novecento*, Roma, Ist. Enc. It., 1975, pp. 1030 ss.

CRISAFULLI V., *I principi costituzionali dell'interpretazione*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1939, pp. 680 ss.

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, Cedam, 1970.

CROCE B., *Intervento Ass. cost. (11 marzo 1947)*, in *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Roma, 1970, Vol. I, p. 338.

CROCE M., *Dal "Caso Cordero" al "Caso Vallauri": nozione di scienza e libertà di insegnamento (discutendo con Michele Massa)*, in www.forumcostituzionale.it.

CROCE M., *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, tesi dottorale in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Univ. degli studi di Pisa, a.a. 2009-2010.

D'ANDREA L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè, 2005.

D'AVACK P.A., *Libertà religiosa*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974.

D'AVACK P.A., *Rilievi preliminari sulla riforma del Concordato lateranense*, in *Studi per la revisione del Concordato*, Padova, Cedam, 1970.

DALLA TORRE G. – LILLO P. (a cura di), *Sovranità della Chiesa e giurisdizione dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2008.

DALLA TORRE G., *Laicità dello Stato: a proposito di una nozione giuridicamente inutile*, in Id., *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Roma, Ed. Studium, 1992, pp. 35 ss.

DALLA TORRE G., *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Torino, Giappichelli, 2000.

DE GIORGI F., *Laicità europea. Processi storici, categorie, ambiti*, Brescia, Ed. Morcelliana, 2007.

DENNINGER E., *Diritti dell'uomo e Legge fondamentale*, a cura e con saggio introduttivo di C. Amirante, Torino, Giappichelli, 1998.

DI COSIMO G., *art. 138*, in V. CRISAFULLI – L. PALADIN - S. BARTOLE – R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, 2° ed., Padova, CEDAM, 2008.

DI COSIMO G., *art. 139*, in V. CRISAFULLI – L. PALADIN - S. BARTOLE – R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, 2° ed., Padova, CEDAM, 2008.

DI COSIMO G., *Coscienza e Costituzione: i limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Milano, Giuffrè, 2000.

DOGLIANI M., *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in Costituzionalismo.it, 2010.

DOGLIANI M., *Potere costituente e revisione costituzionale*, in "Quaderni costituzionali", 1995, pp. 31 ss.

DONNARUMMA M.R., *Il "limite dei principi supremi" e la teoria costituzionale dei valori*, in "Diritto e società", 2006 fasc. 2, pp. 199-252.

DONNARUMMA M.R., *Il processo di "costituzionalizzazione" dell'Unione europea e la tensione dialettica tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e le giurisprudenze delle Corti costituzionali*, in "Riv. it. dir. pubbl. comunit.", 2010 fasc. 2, pp. 407 ss.

DOSSETTI G., *La ricerca costituente 1945-1952*, a cura di A. Melloni, Bologna, Il Mulino, 1994.

DWORKIN R., *Questioni di principio*, trad. it. a cura di Maffettone, Milano, Il Saggiatore, 1990.

DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard UP, 1977.

ELIA L., *I principi supremi presi sul serio*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2009 fasc. 03, pp. 2147 ss.

ELIA L., *Introduzione ai problemi della laicità*, in www.astrid-online.it.

ELIA L., *Valori, laicità, identità*, in Costituzionalismo.it, 2007.

ESPOSITO C., *Costituzione, leggi di revisione della costituzione e <<altre>> leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo, III*, Milano, Giuffrè, 1963.

FERRACCIU A., *Norme e riforme costituzionali in Italia (a proposito del nuovo concetto di legge costituzionale)*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti*, Padova, 1931, Vol. I, pp. 393-438.

FERRAJOLI L., *Filosofia analitica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica*, in L. GIANFORMAGGIO – M. JORI (a cura di), *Scritti per Umberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997.

FERRAJOLI L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Roma-Bari, Laterza, 2007.

FERRARESE M.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000.

FINOCCHIARO F., *Diritto ecclesiastico*, Bologna, Zanichelli.

FINOCCHIARO F., *Ipotesi di una revisione dell'articolo 7 della Costituzione*, in "Politica del diritto", 1996, n. 1, pp. 75-80.

FINOCCHIARO F., *La Repubblica italiana non è uno Stato laico*, in "Il diritto ecclesiastico", 1997, I, pp. 11 ss.

FIORAVANTI M., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

FIORAVANTI M., *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999.

FONTANA G., *La tutela costituzionale della società democratica tra pluralismo, principio di laicità e garanzia dei diritti fondamentali. (La Corte europea dei diritti dell'uomo e lo scioglimento del Refah partisi)*, in "Giur. cost.", 2002 fasc. 1, pp. 379 ss.

FORNI L., *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, Milano, Giuffrè, 2010.

FRANCO A., *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principi del giusto procedimento (in margine alla innovativa sentenza n. 143 del 1989 della Corte Costituzionale)*, in "Giur. cost.", 1989, II, pp. 1041 ss.

GALATINO L., *Le fonti extralegislative nell'esperienza giurisprudenziale*, in "Riv. it. dir. lav.", 2009 fasc. 4, pp. 447 ss.

GALLI DELLA LOGGIA E., *Il Concordato non serve più*, in archiviostorico.corriere.it.

GROPPI T., *art. 138*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Vol. III, 2006.

GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

GROSSO E. – MARCENÒ V., *art. 139*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Vol. III, 2006.

GUASTINI R., *Gerarchie normative*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1997, n. 2, pp. 463-486.

GUASTINI R., *L'illegittimità delle disposizioni e delle norme*, in P. Comanducci - R. Guastini, *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 175-201.

GUASTINI R., *La costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico italiano*, in "Ragion pratica", 11/1998, pp. 185-206.

GUASTINI R., *Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in "Ragion pratica", 26/2006, pp. 151-159.

GUASTINI R., *Principi di diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, IV ed., Utet, 1996, pp. 341-355.

GUASTINI R., *Sostiene Baldassarre*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2007 fasc. 2, pp. 1373-1383.

GUASTINI R., *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in "Giur. cost.", 2006 fasc. 1, pp. 743-783.

GUAZZAROTTI A., *art. 7*, in V. CRISAFULLI - L. PALADIN - S. BARTOLE - R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, 2° ed., Padova, CEDAM, 2008.

GUAZZAROTTI A., *art. 8*, in V. CRISAFULLI - L. PALADIN - S. BARTOLE - R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, 2° ed., Padova, CEDAM, 2008.

GUAZZAROTTI A., *Il conflitto di attribuzioni*, in "Giurisprudenza costituzionale", 1996, pp. 3920 ss.

GUERZONI L., *Considerazioni critiche sul "principio supremo" di laicità dello Stato alla luce dell'esperienza giuridica contemporanea*, in "Il diritto ecclesiastico", 1992, I, p. 87.

HÄBERLE P., *Costituzione e identità culturale. Tra Europa e Stati Nazionali*, Milano, Giuffrè, 2006.

HABERMAS J., *Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?*, in Id., *Escritos sobre moralidad y eticidad*, introd. e trad. di M. Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona 1991.

HARTMANN N., *Etica [Ethik (1926)]*, Napoli, Guida, 1969-1972.

HESSE K., *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1982.

JACINI S., *Intervento Ass. Cost. (14 marzo 1947)*, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Roma, 1970, Vol. I, p. 421.

JEMOLO A.C., *Che cos'è la Costituzione*, ristampa con Introduzione di G. Zagrebelsky e Postfazione di A. Cavaglioni, Roma, Donzelli, 2008.

JORI M., *I principi nel diritto italiano*, in "Sociologia del diritto", 1983, 10/3, pp. 7-33.

LA TORRE M., "Finchè la società sarà questa". *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico: Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2010, n. 1, pp. 209-225.

LABRIOLA S., *Della intolleranza religiosa: le intese secondo l'art. 8 della Costituzione*, in Aa. Vv., *La questione della tolleranza e le confessioni religiose*, Napoli, Jovene, 1991.

LAMARQUE E., *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in "Il Corriere giuridico", 2010 fasc. 7, pp. 955-965.

LAMARQUE E., *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, Relazione al Convegno "La fabbrica delle interpretazioni", Università di Milano-Bicocca, 19-20 novembre 2009.

LARICCIA S., *Gruppi sociali ed eguaglianza giuridica*, in "Foro amministrativo", 1966, III, pp. 117-21.

LARICCIA S., *I capisaldi del dibattito dottrinale sugli articoli 7 e 8 della Costituzione*, in "Politica del diritto", 1996, n. 1, pp. 29-47.

LARICCIA S., *L'insegnamento della religione tra Concordato e legislazione unilaterale dello Stato*, in "Società civile, scuola laica e insegnamento della religione", Atti del Convegno nazionale di <<religione e scuola>>, Roma, 1982.

LARICCIA S., *La laicità della Repubblica italiana*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale*, (a cura di) A. Pace, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 417-444.

LARICCIA S., *La laicità delle istituzioni repubblicane italiane*, in "Democrazia e diritto", 2006, pp. 89-110.

LARICCIA S., *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, in M. Tedeschi (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1996, pp. 143-96.

LARICCIA S., *La libertà religiosa nella società italiana*, in *Teoria e prassi delle libertà di religione*, (a cura di) P. Bellini, Bologna, il Mulino, 1975, pp. 313-22.

LARICCIA S., *Le radici laiche dell'Europa*, in "Dir. famiglia", 2006 fasc. 1, pp. 251 ss.

LARICCIA S., *Meglio la costituzione che una legge dello stato a garanzia dell'uguaglianza e delle libertà in materia religiosa*, in *Rivista telematica* (www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2007.

LARICCIA S., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nella repubblica italiana laica e democratica*, in www.astrid-online.it, 2007.

LOIODICE A., *Costituzione europea e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in www.consiglionazionaleforense.it, 2004.

LOMBARDI VALLAURI L., *Corso di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1981.

LOMBARDI VALLAURI L., *Intervento per l'audizione in Parlamento sulle proposte di legge Spini e Boato in materia di libertà religiosa*, in *Indagine conoscitiva - Resoconto stenografico*, Commissione I - Affari costituzionali, della Presidenza del consiglio e Interni, 2007, pp. 27 ss.

LOMBARDI VALLAURI L., *La mia vittoria a Strasburgo*, in "Quaderno laico", 2010, pp. 12-18.

LOMBARDI VALLAURI L., *Lesione di diritti umani fondamentali da parte del Concordato*, in www.uaar.it.

LOMBARDI VALLAURI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.

LOMBARDI VALLAURI L., *Stato laico, pensiero laico, pensiero dello Stato laico*, in *Aa. Vv., Laicità e Stato di diritto*, a cura di A. Ceretti - L. Garlati, Milano, Giuffrè, 2007.

LONG G., *I capisaldi del dibattito alla Costituente*, in "Politica del diritto", 1996, n. 1, pp. 19-28.

LONGO A., *Valori, principi e Costituzione. Qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in "Dir. soc.", 2002.

LOPRIENO D., *La libertà religiosa*, Milano, Giuffrè, 2009.

LUGATO M., *Simboli religiosi e Corte europea dei diritti dell'uomo: il caso del crocifisso*, in "Riv. dir. internaz.", 2010 fasc. 2, pp. 402 ss.

MADDALENA P., *Interpretazione sistematica e assiologica del diritto*, in "Giust. civ.", 2009 fasc. 2, pp. 65 ss.

MALTESE C., *La questua. Quanto costa la Chiesa agli italiani*, Milano, Feltrinelli, 2008.

MANETTI M., *Tolleranza*, in *Dizionario giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

MARGIOTTA BROGLIO F., *Confessioni e comunità religiose o "filosofiche" nel Trattato di Lisbona*, in "Riv. di studi sullo Stato", 2010.

MARGIOTTA BROGLIO F., *Premessa*, in "Politica del diritto", 1996, n. 1, pp. 3-16.

MAZZARESE T., *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002.

MIRATE S., *La CEDU nell'ordinamento nazionale: quale efficacia dopo Lisbona?*, in "Riv. it. dir. pubbl. comunit.", 2010 fasc. 5, pp. 1354 ss.

MODUGNO F., *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in F. Modugno - A.S. Agrò - A. Cerri (a cura di), *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2002.

MODUGNO F., *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale, relazione tenuta all'incontro "Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori. Due diverse prospettive a confronto"* (Roma, 2005), in Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. 27-64.

MODUGNO F., *La Corte costituzionale di fronte ai Patti Lateranensi*, in "Giur. cost.", 1971, pp. 404 ss.

MODUGNO F., *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1991.

MODUGNO F., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

MODUGNO F., *Sulla posizione costituzionale dei patti lateranensi*, in *Studi per la revisione del Concordato*, Padova, Cedam, 1970.

MODUGNO F., *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980.

MORESO J.J., *Conflitti tra principi costituzionali*, in "Ragion pratica", 18/2002, pp. 201-221.

MORO A., *Scritti e discorsi (1974-1978)*, a cura di G. Rossini, VI, Roma, Cinque lune, 1990, pp. 3155 ss.

MORTATI C., *"Una e indivisibile"*, ristampa fuori commercio della voce *Costituzione* di C. Mortati, con saggio introduttivo di A. Barbera e una nota di G. Giuffrè, Milano, Giuffrè, 2007.

MORTATI C., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro.it*, 1970, V, pp. 158 ss.

MORTATI C., *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale (1952)*, in *Raccolta di scritti*, II, Milano, Giuffrè, 1972.

MORTATI C., *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam.

MORTATI C., *La Costituzione in senso materiale (1940)*, Milano, Giuffrè, 1998.

MUSSELLI L., *Chiesa cattolica e comunità politica (Dal declino della "potestas indirecta" alle nuove impostazioni della canonistica postconciliare)*, Padova, Cedam, 1975.

MUSSELLI L., *Chiesa e Stato dalla resistenza alla costituente*, Torino, Giappichelli, 1990.

MUSSELLI L., *Insegnamento della religione cattolica e tutela della libertà religiosa*, in "Giur. cost.", I, 1989 fasc. 4, pp. 908 ss.

NUSSBAUM M.C., *Liberty of Conscience. In defense of America's Tradition of Religious Equality*, New York, Basic Books, 2008.

ONIDA V., *La ricognizione dei principi costituzionali in materia di religione*, in AA. VV., *Studi per la sistemazione delle fonti in materia ecclesiastica*, (a cura di) V. Tozzi, Salerno, Edisud, 1993.

PACE A., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in Costituzionalismo.it, 2006, pp. 28 ss.

PACE A., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in "Quaderni costituzionali", 2001 fasc. 1, pp. 35-61.

PALAZZOLO V., *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, in "Archivio della cultura italiana", 1941, pp. 103 ss.

PARISI M., *Cittadinanza europea, organizzazioni religiose e processi di integrazione giuridico-politica: realizzazioni e prospettive*, in "Dir. famiglia", 2010 fasc. 2, pp. 931-962.

PARISI M., *Linee evolutive dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 9 della Convenzione di Roma. Sviluppi e prospettive per il diritto di libertà religiosa nello spazio giuridico europeo*, in "Dir. famiglia", 2009 fasc. 3, pp. 1525 ss.

PASQUALI CERIOLI J., *La tutela della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in Rivista telematica (www.statoe.chiese.it), 2011.

PEGORARO L., *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, Giappichelli, 2007.

PERINI M., *A proposito di "neocostituzionalismo"*, in "Studi Senesi", 2003 fasc. 2, pp. 305-395.

PIERANDREI F., *L'interpretazione della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952.

PIZZORUSSO A., *Delle fonti del diritto*, in *Commentario c.c. Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, Zanichelli - Soc. ed. del Foro italiano, 1977.

PIZZORUSSO A., *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, Napoli, Jovene, 1988.

POZZOLO S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001.

POZZOLO S., *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2008 fasc. 2, pp. 405-418.

PRIETO SANCHIS L., *Costituzionalismo e positivismo*, in "Analisi e diritto", 1996, pp. 207 ss.

PRIETO SANCHIS L., *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*, trad. it. di G. Saraceni, in "Ragion pratica", 2002, n. 18, pp. 169-200.

PUGLIESE V., *Il principio di laicità nella giurisprudenza costituzionale*, in "Rivista Penale", n. 11/2006, pp. 1170 ss.

RADBRUCH G., *Funf Minuten Rechtsphilosophie*, in "Rheinische Zeitung", 1945.

RADBRUCH G., *Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht*, in "Suddeutsche Juristenzeitung", 1946.

RADBRUCH G., *Propedeutica alla filosofia del diritto [Vorschule der Rechtsphilosophie]*, Torino, Giappichelli, 1959.

RANDAZZO B., *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, Giuffrè, 2008.

RAVÀ A., *I nodi al pettine*, in "Il Ponte", n. 2-3, 1979, pp. 245 ss.

RAVÀ A., *Revisione del concordato lateranense o revisione costituzionale?*, Milano, Giuffrè, 1971.

RAZZANO G., *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002.

RAZZANO G., *Principi fondamentali, supremi, essenziali e inviolabili nella giurisprudenza costituzionale*, in "Diritto e società", 2006 fasc. 4, pp. 587-620.

RIMOLI F., *I diritti fondamentali in materia religiosa*, in P. Ridola – R. Nania (a cura di), *I diritti costituzionali*, III, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 873 ss.

RIMOLI F., *Laicità*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1995.

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

RODRIQUEZ M., *art. 138*, in CRISAFULLI V. - PALADIN L., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990.

RODRIQUEZ M., *art. 139*, in CRISAFULLI V. - PALADIN L., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990.

RUGGERI A., *Cinque paradossi (... apparenti) in tema di integrazione sovranazionale e tutela dei diritti fondamentali*, in "Diritto pubblico comparato ed europeo", 2009 fasc. 2, pp. 533-560.

RUGGERI A., *Corte e organi d'indirizzo politico*, in *La Corte costituzionale compie cinquant'anni*, in *Foro.it*, 2006, V, 1, pp. 315 ss.

RUGGERI A., *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in "Politica del diritto", 2006, n. 4, pp. 531-572.

RUGGERI A., *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

SACCOMANNO A., *Nota alla sentenza n. 203/1989*, in "Giur. cost.", 1989 fasc. 4, pp. 903-908.

SAREDO G., *Trattato delle leggi*, Firenze, 1886.

SCARPELLI U., *Cos'è il positivismo giuridico? (1965)*, Napoli, ESI, 1997.

SCHIAVELLO A., *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in "Diritto e questioni pubbliche", 3/2003, pp. 37-49.

SCHMITT C., *La tirannia dei valori [Die Tyrannie der Werte. Überlegungen eines Juristen zur Wert-Philosophie (1960)]*, in "Rass. dir. pub.", 1970, pp. 1 ss.

SICARDI S., *Alcuni problemi della laicità in versione italiana*, in *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), 2010.

SILVESTRI G., *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, Milano, 1987, II, pp. 1190 ss.

SORRENTINO F., *Le fonti del diritto*, in G. Amato - A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, I, Bologna, Il Mulino, 1997.

SPADARO A., *Costituzione (Dottrine generali)*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2006.

SPADARO A., *L'idea della Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni "geometriche" dell'"albero" della Costituzione e un'unica, identica "clausola d'Ulisse"*, in *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism context*, (a cura di) F. Fernández Segado, Madrid, Dikynson S.L., 2003.

SPADARO A., *Laicità e confessioni religiose: dalle etiche collettive (laiche e religiose) alla "meta-etica" pubblica (costituzionale)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

TEDESCHI M., *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, Giappichelli, 1998.

TIGANO M., *Norme interposte e artt. 7 e 8 Cost.: norme interposte <<di tipo diverso>>?*, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 2008, n. 3, pp. 867-910.

TORTAROLO E., *Sui diversi significati del termine <<laicità>> nell'ambito della Chiesa cattolica e nell'odierna società civile*, in F. Traniello - F. Bolgiani - F. Margiotta Broglio (a cura di), *Stato e Chiesa in Italia. Le radici di una svolta*, Bologna, Il Mulino, 2009.

TOSCANO M., *Nuovi segnali di crisi: i casi Lombardi Vallauri e Lautsi davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista telematica* (www.statoechiese.it).

TUPINI U., *Intervento Ass. cost. (11 dicembre 1946)*, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Roma, 1970.

TUZET G., *L'abduzione dei principi*, in "Ragion pratica", 2009, n. 33, pp. 517-539.

VANNICELLI L., *Una proposta massimalista: abolire il Concordato*, in "Il diritto ecclesiastico", 2002 fasc. 1, pp. 287-319.

VARNIER G.B., *Laicità, radici cristiane e regolamentazione del fenomeno religioso nella dimensione dell'U.E.*, in "Studi urbinati", 2007 fasc. 3, pp. 397-413.

VASSALLI G., *Formula di Radbruch e diritto penale. Nota sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001.

VILLANI U., *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in "Studi sull'integrazione europea", 2008 fasc. 1, pp. 7 ss.

VIOLA F. – ZACCARIA G., *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

VIOLA F. – ZACCARIA G., *Le ragioni del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003.

VITALI E. – CHIZZONITI A.G., *Manuale breve di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 2008.

ZAGREBELSKY G., *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2002 fasc. 31, pp. 865- 897.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

ZAGREBELSKY G., *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1990.

ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna , Il Mulino, 2008.

Grazie

Al Prof. Luigi Lombardi Vallauri non smetterò mai di dire grazie, per avermi lasciato attingere dalla sua conoscenza, per avermi aperto al nuovo e all'oltre, per avermi regalato il suo tempo, per avermi incoraggiata e per avermi concesso il privilegio della sua amicizia;

Al Dott. Siciliano per avermi guidata e aiutata nella ricerca bibliografica in tedesco;

Alla mia famiglia tutta, a mia madre per aver sempre creduto in me, a mio padre per la tenacia che inconsapevolmente mi ha trasmesso, alle zie per il sostegno e la comprensione, a zio Tonio al quale devo in gran parte la possibilità stessa di aver raggiunto questo traguardo, a mia nonna per il grande affetto, alle mie sorelle per essermi state sempre vicine, ad Alizia per aver soddisfatto ogni mio capriccio, a Roberta per la sua positività;

A Loris che ha sopportato più di tutti i miei terribili sbalzi di umore e ciononostante mi ha accompagnato fino alla fine;

Ai miei storici amici e alle mie splendide amiche, semplicemente perché ci sono sempre stati e sono certa che ci saranno sempre, e perché a loro lego le risate più spensierate, i discorsi più puri, il mio tempo migliore;

alle amiche del gruppo che mi piace ancora denominare "giurisprudenzievole affari" per i momenti di confronto e di "evasione" dal mondo che ci accomuna;

a Silvia e Corinne con cui soprattutto ho condiviso le piccole (e grandi) ansie e le grandi (e piccole) gioie dell'ultimo periodo;

a Diletta, per avermi "accolta" con fiducia e sincero affetto, ad Elisa per le lunghe chiacchierate, ad Arianna per i preziosi consigli;

ad Alessandro e Maria Teresa, i primi amici di questa avventura, per essere stati un pezzetto di casa, punti di riferimento e di sostegno reciproco;

A Matteo, perché è stato un premuroso compagno di viaggio;

Infine a tutti coloro che ho incontrato in questo percorso perché a ognuno di loro devo sinceramente qualcosa, grazie di cuore.

