

SERGIO LARICCIA

Professore emerito di *Diritto amministrativo*  
nella Sapienza Università di Roma

# TUTTI GLI SCRITTI

TOMO IV  
(1997-2006)



LUIGI  
PELLEGRINI  
EDITORE





SERGIO LARICCIA

Professore emerito di *Diritto amministrativo*  
nella Sapienza Università di Roma

# TUTTI GLI SCRITTI

TOMO IV  
(1997-2006)

 LUIGI  
PELLEGRINI  
EDITORE

Proprietà letteraria riservata

© by Pellegrini Editore - Cosenza - Italy

Stampato in Italia nel mese di ottobre 2015 da Pellegrini Editore

Via Camposano, 41 - 87100 Cosenza - Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672

*Siti internet:* [www.pellegrinieditore.com](http://www.pellegrinieditore.com)      [www.pellegrinilibri.it](http://www.pellegrinilibri.it)

*E-mail:* [info@pellegrinieditore.it](mailto:info@pellegrinieditore.it)

I diritti di traduzione, memorizzazione elettronica, riproduzione e adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

*Las relaciones entre el Estado y las confesiones minoritarias:  
los derechos religiosos de los inmigrantes\**

Con ocasiòn de una Mesa Redonda sobre los derechos religiosos y culturales de los inmigrantes, celebrada en San Millàn de la Cogolla (La Rioja, España) en diciembre de 1997, la Direcciòn General de Asuntos Religiosos del Ministerio de Justicia propuso, a varios profesores universitarios italianos de Derecho Eclesiàstico del Estado, cinco interrogantes sobre las relaciones entre los Estados y las Confesiones religiosas minoritarias, con particular atenciòn al caso de los musulmanes que, en nùmero creyente, llegan como inmigrantes a ambos paìses. Se ofrecen a continuaciòn las cinco cuestiones planteadas y las respuestas a las mismas.

## CUESTIONARIO

1. Italia y España han optado, al firmar acuerdos con las confesiones minoritarias, por dos sistemas diferentes: el sistema de acuerdos con confesiones concretas (Italia) y el sistema de acuerdos con Federaciones de confesiones (España).

¿Qué ventajas y qué inconvenientes ofrece cada uno de estos dos sistemas, y cual debe ser considerado preferible?

2. Los «nuevos movimientos» que se autocalifican de religiosos y solicitan su reconocimiento como tales por el Estado, someten a éste a un dilema: o acepta el caràcter religioso de todo grupo que se autoafirme como tal, o entra a determinar qué grupos tienen realmente fines religiosos y cuales no.

¿Posee el Estado competencia para decidir cuándo un grupo asociativo tiene realmente fines religiosos y cuándo no, y para determinar previamente cuál es el concepto de fin religioso?

---

\* In *Anuario de Derecho Eclesiàstico del Estado*, vol. XIV, 1998, pp. 85-90.

3. La creciente presencia de musulmanes en la Europa occidental supone la necesidad de acoger, en Estados laicos y sociedades de tradición cristiana, a un pueblo que no acepta la laicidad, ni la separación entre la Iglesia y el Estado, e incluso ni la distinción entre las esferas de lo sagrado y de lo profano. En tales condiciones, ¿se considera posible mantener con el Islam relaciones pacticias similares a las que se mantienen con otras confesiones, o es preferible buscar otras vías de tratamiento de los derechos religiosos y culturales de las minorías islámicas?

4. Las dificultades que España está encontrando para la aplicación del Acuerdo con el Islam se hallan relacionadas con el hecho de que esta confesión carece de una estructura orgánica y jerárquica. Como consecuencia de tal carencia, las diversas corrientes en que el Islam se encuentra dividido pretenden poseer la única representación institucional del mismo, y quieren ser consideradas como el único interlocutor válido ante el Estado a la hora de negociar, desarrollar, interpretar y aplicar el Acuerdo.

¿Podría el Estado, que se considera laico, aconfesional y no competente para intervenir en la vida interna de las confesiones, proponer a los musulmanes residentes en España que adopten una determinada forma de organización y representación institucional, que facilite la identificación de un interlocutor único y representativo que operativamente les represente?

5. La adaptación a los ordenamientos jurídicos occidentales de las notas propias de diversas minorías no cristianas – poligamia, carácter no religioso de los ritos matrimoniales, condición de los ministros de culto, festividades, situación de la mujer, politización de la enseñanza religiosa, etcétera, – se está llevando a cabo en muchos casos de una forma forzada. Las normas sobre matrimonio y familia, asistencia religiosa, derechos de los ministros, seguridad social, propias de la tradición jurídica occidental, se aplican a las minorías musulmanas, y otras semejantes, reduciéndolas forzosamente al modelo institucional establecido.

¿Es correcto este proceder, o debe alterarse el ordenamiento para hacerlo pluralista y admitir soluciones legislativas alternativas que se adapten a las tradiciones culturales de los nuevos grupos inmigrantes?

## RISPOSTE AI QUESITI

SERGIO LARICCIA

1. Con riferimento al problema posto nel primo quesito, ritengo che anche la legislazione in materia ecclesiastica, come in genere la legislazione con la quale ci si propone di affrontare e disciplinare i problemi di una società civile «complessa», devono assumere il carattere di una legislazione «flessibile», capace di tener conto delle differenze e delle peculiarità delle varie situazioni oggetto di regolamentazione.

Penso dunque che, anziché parlare di un sistema preferibile rispetto all'altro, possa giustificarsi il ricorso ad ambedue le soluzioni adottate in Italia e in Spagna.

Certo, anche tale problema deve essere esaminato con riguardo alle disposizioni dei due diritti, quello italiano e quello spagnolo. Il diritto italiano, in particolare, disciplina la materia dei rapporti tra stato e confessioni religiose di minoranza avendo come essenziale punto di riferimento la disposizione contenuta nell'art. 8 comma 3 cost., ai sensi del quale i rapporti con lo stato delle confessioni religiose diverse dalla cattolica «sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze».

Naturalmente, il problema qui considerato deve essere esaminato alla luce dell'esperienza concreta delle intese sinora stipulate in Italia dopo che, con l'approvazione della legge 21 agosto 1984, n. 449 («Norme di regolazione dei rapporti tra lo Stato e le chiese rappresentate dalla Tavola valdese»), e iniziata in Italia la «stagione» delle intese con le confessioni religiose minoritarie.

2. Siamo tutti consapevoli, io credo, che tale quesito riguarda una delle questioni più importanti e complesse del diritto ecclesiastico di questi anni: un quesito al quale è arduo dare una risposta sicura e unitaria... considerando i numerosi aspetti che occorre considerare in proposito.

Io penso che uno stato laico non abbia il potere di determinare previamente quale è il concetto di fine religioso. Ricordo che il primo volume da me pubblicato – *La rappresentanza degli interessi religiosi*. Milano, Giuffrè, 1967 – era proprio dedicato a questo tema: si trattava di una ricerca nella quale, più di trent'anni fa, mi proponevo di

esaminare le più importanti questioni che si ponevano, allo studioso delle discipline giuridiche del fenomeno religioso, in un ordinamento laico, democratico e pluralista.

Nell'ordinamento italiano, non sussiste, in verità, un criterio idoneo a far distinguere, nella categoria delle formazioni sociali con finalità religiosa, i gruppi sociali dotati dei caratteri indispensabili per configurarli quali confessioni legittimate a porsi in rapporto con lo stato, ai sensi dell'art. 8 comma 3 cost.; questo significa che il governo ed il parlamento, cioè gli organi dello stato ai quali in Italia compete, rispettivamente, di intraprendere e di concludere le intese e, successivamente, di approvare la legge emanata in base alle intese, sono investiti del potere discrezionale di accertare se ricorrano o meno gli estremi che inducano a far riconoscere in un gruppo sociale una confessione religiosa e rendano quindi possibile, ai sensi della ricordata disposizione costituzionale, la disciplina dei suoi rapporti nei confronti dello stato.

Non esiste neppure un criterio soddisfacente per qualificare un gruppo sociale come gruppo religioso. Tutti i gruppi sociali con finalità religiosa sono considerati dal vigente ordinamento italiano come formazioni sociali spontanee nella loro genesi e libere nella loro attività: esse nascono e rimangono formazioni extrastatali, ma lo stato democratico contemporaneo non può ignorarle, perché il riconoscimento della loro rilevanza consente ai cittadini, cioè ai componenti la società civile, di perseguire ed ottenere la soddisfazione di interessi che lo stato, per la stessa natura degli interessi religiosi, non è in grado di tutelare e valutare.

La configurazione dei gruppi sociali con finalità religiosa come formazioni sociali extrastatali si deduce dalla circostanza che essi sorgono spontaneamente, non in maniera derivata né per determinazione di Organi Statali, e che inoltre, essi operano in un ambito che rimane al di fuori dell'organizzazione formale dello stato. Questi due aspetti costituiscono del resto una applicazione della concezione dualistica dello stato che oppone uno stato-persona ad uno stato-comunità.

I fedeli dei vari gruppi sociali con finalità religiosa sono membri della società civile, cioè del popolo considerato nella sfera molteplice delle relazioni private intersoggettive aventi ad oggetto il perseguimento di interessi religiosi: i cittadini ed i fedeli formano due cerchie diverse, con interessi contemplati da fonti diverse e curati da autorità di ordinamenti giuridici diversi.

I fedeli sono considerati uno strumento di partecipazione attiva alla vita dei gruppi sociali religiosi; attribuire determinati poteri agli organi di governo delle varie confessioni religiose significa consentire ai fedeli di partecipare alle rispettive deliberazioni, in modo che queste siano o appaiano una libera determinazione del loro volere. Sono questi i presupposti tenuti presenti dal costituente italiano del 1948, il quale, volendo attuare, anche in materia religiosa, il principio di autodeterminazione collettiva degli interessi, ha ritenuto necessario riconoscere la giuridica rilevanza di tutte le formazioni sociali con finalità religiosa.

Il mutamento verificatosi in Italia con il passaggio dall'epoca fascista al regime repubblicano e democratico può riassumersi dicendo che, mentre lo stato totalitario riteneva di dovere direttamente tutelare l'interesse religioso, nel vigente ordinamento costituzionale lo stato, quale rappresentante degli interessi della collettività, deve garantire che le confessioni religiose e gli altri centri di riferimento dell'interesse religioso siano dotati del potere di provvedere, nel modo da essi ritenuto più idoneo, alla soddisfazione dei bisogni dei fedeli; oggi può ritenersi ricorrente un interesse pubblico indiretto e strumentale, l'interesse pubblico a garantire l'autodeterminazione degli interessi religiosi. È quindi esatto affermare che, oggi come ieri, lo stato ha interesse a che i bisogni religiosi della popolazione siano soddisfatti, purché si precisi che oggi, al contrario di quanto avveniva nello stato totalitario fascista, il compito dello stato, il quale assume (deve assumere) un atteggiamento di indifferenza nei confronti della manifestazione del sentimento religioso dei consociati, deve ritenersi limitato a consentire che possa attuarsi la potestà di autodeterminazione dei soggetti privati.

3. Il quesito proposto attiene ad una questione che non è soltanto importante sotto il profilo teorico, ma presenta aspetti di grande attualità in molti paesi europei e che, in particolare in Italia, non ha trovato sinora un'attenzione adeguata.

Io penso che le peculiarità del rapporto dello stato con le minoranze islamiche non possano giustificare il rifiuto di considerare tali minoranze legittimate a chiedere e ottenere una disciplina pattizia dei rapporti con lo stato. E penso che, nei limiti del possibile, sia opportuno ricorrere a «strumenti» simili a quelli utilizzati dai poteri pubblici

per disciplinare i rapporti con le confessioni religiose di minoranza.

Non vi è alcuna esigenza che in materia confessionale sussista un principio – quello di «reciprocità» – che invece vale nei rapporti internazionali tra gli stati, e, in particolare nel rapporto tra lo stato italiano e gli altri componenti la comunità internazionale. La laicità dello stato e delle istituzioni civili, la separazione tra ordine civile e ordine religioso e tra l'ordinamento civile e quelli confessionali, la distinzione tra le sfere del sacro e del profano sono principi dell'ordinamento giuridico italiano nei rapporti con le confessioni religiose (chiesa cattolica compresa), ma questo non significa che le autorità civili possano «pretendere» che essi costituiscano anche principi degli ordinamenti confessionali con i quali lo stato italiano e (per quanto posso dire) lo stato spagnolo intrattengono relazioni giuridiche.

Vi sono molte ragioni che consigliano l'utilizzazione per il rapporto con le minoranze islamiche dello stesso strumento – l'intesa, l'accordo – previsto per il rapporto con tutte le altre minoranze confessionali. Vorrei ricordarne soltanto una, che a me sembra di grande rilievo e che traggio dall'esperienza di quanto è avvenuto in Italia pochi giorni fa.

Nel congresso delle comunità israelitiche Italiane, conclusosi il 23 giugno scorso, è stata approvata una mozione della commissione politica in cui si sottolinea la necessità di un dialogo ebrei-musulmani ed inoltre si chiede che lo stato italiano e i rappresentanti dell'Islam in Italia conseguano al più presto l'obiettivo di un riconoscimento della comunità dei seguaci del profeta e siano di conseguenza formalizzate le «intese» sulla falsariga di quelle che già sono state firmate con altre religioni minoritarie. Come ha osservato Gad Lerner su *La Stampa* del 24 giugno 1998, è questa una buona notizia che merita di essere segnalata, in quanto non capita spesso che una minoranza in passato perseguitata, ma oggi felicemente garantita, decida di farsi carico in prima persona dei diritti di un'altra minoranza, numericamente in forte crescita ma sempre penalizzata sul piano sociale e culturale.

L'orientamento che gli ordinamenti civili assumeranno con la loro decisione di utilizzare regole comuni per tutti e di approvare dunque leggi emanate sulla base di intese anche con le minoranze musulmane potrà certamente favorire l'obiettivo di perseguire la pace e la comprensione in Medio Oriente.

4. Anche tale quesito, come tutti gli altri, è formulato molto bene

e si ricollega ad un problema di grande rilevanza in molti paesi del mondo.

Vorrei innanzi tutto osservare che l'esperienza di quanto è avvenuto in Spagna è per noi italiani motivo di utile ed approfondita valutazione. Penso che occorra molta umiltà nell'affrontare questioni che, essendo collegate ad esperienze che non si conoscono in modo adeguato, richiedono una esatta comprensione delle condizioni e, per noi giuristi, dei sistemi normativi dei paesi diversi rispetto a quelli conosciuti da chi viene interpellato.

Come ho ricordato con riferimento al quesito n. 2, in Italia c'è una disposizione, quella dell'art. 8 comma 3 cost., che richiede la presenza di una «rappresentanza» della confessione di minoranza: questa disposizione sembra impedire che lo stato stipuli un'intesa con più rappresentanze di una medesima confessione religiosa. Ma è proprio l'esperienza delle esigenze poste dalle minoranze musulmane che induce ad interpretare le disposizioni costituzionali con maggiore flessibilità di quella che sembra consentita da una interpretazione meramente letterale.

Io penso dunque che in Spagna, come in Italia, anche uno stato che si qualifichi «laico», «aconfessionale» e incompetente ad intervenire nella vita interna delle confessioni religiose possa operare nell'intento di raggiungere l'obiettivo di una unica intesa (o di un unico accordo) con una sola rappresentanza, al fine di facilitare la identificazione di un interlocutore unico e rappresentativo che operativamente rappresenti tutti i musulmani residenti in Spagna (ed in Italia): questo obiettivo merita di essere perseguito, senza che possano ritenersi violati i caratteri dello stato sopra indicati, perché esso risponde ad una reale esigenza dei poteri pubblici di instaurare relazioni in modo più semplice e ordinato di quanto non sia possibile ove invece le rappresentanze siano plurime.

Ritengo tuttavia che, ove tale tentativo non abbia buon esito, sia ragionevole – sempre più spesso mi sembra necessario ricorrere all'esigenza di perseguire una azione amministrativa ispirata al rispetto del principio di «ragionevolezza» – che lo stato decida di stipulare anche più di una intesa (o di un accordo), considerando la presenza sul territorio di più di una rappresentanza.

5. Rispondo con un sì convinto alla domanda posta relativamente

all'opportunità che, in un ordinamento pluralista, siano ammissibili soluzioni legislative alternative che si adattino alle tradizioni culturali dei nuovi gruppi immigranti: è questa, io credo, la grande scommessa degli ordinamenti democratici e pluralisti, che si trovano nella necessità di tenere conto di tante differenze etniche e culturali che meritano trattamenti giuridici differenziati.

La soluzione al quesito, mi rendo conto, pone delicati problemi di attuazione dei principi di teoria generale in un ordinamento impostato sul principio dell'uguaglianza dei cittadini e dei gruppi sociali che operano nei confini del territorio nazionale. Ma vorrei ricordare l'esperienza assai significativa delle varie forme di obiezioni di coscienza e delle forme correlative di opzioni di coscienza, basate appunto sul presupposto che l'uniformità di trattamento di tutti i consociati contrasta con le aspirazioni di singoli e di gruppi collettivi che tendono a chiedere che vengano trattate in modo differenziato le esigenze della coscienza individuale e sociale dei cittadini.

## *Aspetti civilistici delle fondazioni\**

SOMMARIO 1. Fondazioni disciplinate dal codice civile e nuove prospettive di riforma in tema di persone giuridiche. - 2. Indicazioni per una riforma delle norme del primo libro del codice civile in tema di persone giuridiche. In particolare, il riconoscimento delle persone giuridiche e l'autorizzazione per i loro acquisti. - 3. Le tre grandi distinzioni in tema di enti e persone giuridiche. Associazioni e fondazioni. Soggetti persone giuridiche e soggetti non persone giuridiche. Persone giuridiche pubbliche e private. - 4. La tutela degli interessi superindividuali - 5. La legge quadro sul volontariato - 6. Problematiche inerenti alla compatibilità tipologica tra imprese ed enti non-profit. La questione della legittimità dell'esercizio di attività economica da parte degli enti del primo libro del codice civile e, in particolare, delle fondazioni. - 7. Conclusioni.

### *1. Fondazioni disciplinate dal codice civile e nuove prospettive di riforma in tema di persone giuridiche*

Il tema delle fondazioni si collega al più generale problema delle persone giuridiche e delle esigenze di riforma di un sistema nel quale sono gradualmente emerse nella società nuove esigenze da soddisfare.

A me è stato affidato il compito di considerare alcuni profili generali del problema delle persone giuridiche, esaminando, in particolare, gli aspetti civilistici delle fondazioni. Per una valutazione generale del problema, è necessario tenere presente che la realtà sociale è oggi nettamente diversa rispetto a quella tenuta presente dal legislatore del 1942. I principi e i valori che hanno costituito il fondamento della disciplina codicistica degli anni quaranta erano coerenti con le attese, le aspettative e gli orientamenti emergenti in un periodo nel quale lo Stato tendeva al controllo di tutti gli aspetti della vita sociale e, in particolare, riteneva necessario controllare ogni singolo momento della vita delle persone (individui e collettività)<sup>1</sup>.

---

\* In *Le fondazioni casse di risparmio*, a cura di F.A. ROVERSI MONACO, Rimini, Maggioli, 1998, pp. 31-52.

<sup>1</sup> Sui controlli amministrativi riguardanti gli enti privati, cfr. S. CAPOZZI, *I controlli amministrativi sulle persone giuridiche private*, Napoli, 1991.

È noto l'atteggiamento di ostilità che caratterizzava le posizioni assunte dal legislatore dell'Italia liberale nei confronti di quelli che allora si definivano i "corpi morali", che si riteneva rappresentassero un ostacolo per la libera vita di relazione dei cittadini, in un sistema nel quale il cittadino era considerato come il protagonista della vita sociale e giuridica: sappiamo tutti naturalmente come in quel sistema assumessero un valore prevalente i valori della libertà dell'individuo e della sua proprietà<sup>2</sup>. E sufficiente ricordare l'importanza che allora assumeva l'istituto dell'autorizzazione agli acquisti degli enti, disciplinato dalla l. n. 1037 del 1850, la famosa legge Siccardi, la cui finalità era proprio quella di prevedere un controllo nei confronti degli acquisti immobiliari di tutte le persone giuridiche, ecclesiastiche e laicali: istituto poi confermato nella l. 21 giugno 1896, n. 218, sull'autorizzazione alle province, ai comuni e alle istituzioni pubbliche di beneficenza ad accettare lasciti e donazioni.

Successivamente l'art. 17 del codice civile del 1942 ha previsto l'istituto dell'autorizzazione agli acquisti delle persone giuridiche, in un quadro normativo nel quale il legislatore fascista era soprattutto orientato nel senso di garantire, anziché le libertà dell'individuo, l'interesse dello Stato a un rigoroso controllo su tutte le attività degli individui e degli enti.

Uno dei motivi ispiratori di una proposta favorevole a una riforma delle norme contenute nel primo libro del codice civile in tema di persone giuridiche è quello di conseguire una maggiore certezza di riferimenti normativi, che non è un obiettivo di scarsa importanza se si considera il disordine legislativo provocato dalla entrata in vigore delle molte leggi speciali emanate nei decenni dopo l'approvazione del codice civile del 1942. In proposito, per limitarsi soltanto a un esempio particolarmente significativo, di una legge recentemente entrata in vigore, è opportuno ricordare l'importante legge sul volontariato (l. 11 agosto 1991, n. 266).

Un'altra esigenza che si pone con urgenza è quella che si può definire come l'esigenza di armonizzazione costituzionale, che rende ormai indilazionabile il riconoscimento, per la disciplina delle

---

<sup>2</sup> Per una efficace descrizione della preminenza che tali valori assumevano nel sistema del codice civile del 1865, cfr. R. NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. dir.*, Milano, VII, 1960, pp. 240-50.

persone giuridiche, dei valori di pluralismo, autonomia, solidarietà e decentramento che sono alla base della carta costituzionale del 1948. Un punto al quale mi sembra importante accennare è quello collegato all'interpretazione dell'art. 2 della costituzione, che si riferisce al riconoscimento e alla garanzia dei diritti (inviolabili) dell'uomo nei confronti dei poteri esercitati dalla formazione sociale. Tale esigenza assunse notevole importanza quando nel 1975, con l'approvazione della legge di riforma del diritto di famiglia, si stabilì la possibilità per il giudice di intervenire in caso di disaccordo tra i coniugi (mi riferisco agli artt. 145 e 316, cod. civ.).

2. *Indicazioni per una riforma delle norme del primo libro del codice civile in tema di persone giuridiche. In particolare, il riconoscimento delle persone giuridiche e l'autorizzazione per i loro acquisti*

Per quanto in particolare si riferisce alla disciplina delle persone giuridiche contenute nel primo libro del codice civile, due sono gli istituti che esprimono, più degli altri, l'intento del legislatore di controllare la vita delle organizzazioni private, e cioè quelli del riconoscimento degli enti e dell'autorizzazione agli acquisti.

Per quanto riguarda il problema del «riconoscimento delle persone giuridiche» (art. 12, cod. civ.), un problema di grande importanza sul quale il discorso dovrebbe essere certamente più lungo di quanto non sia consentito in questa sede, mi limito a ricordare che il riconoscimento delle persone giuridiche rappresenta una delle tecniche alle quali, con maggiore frequenza, ricorrono gli ordinamenti moderni per rendere giuridicamente attive le entità immateriali e i soggetti ai quali viene conferita autonomia.

Tale risultato si consegue mediante un procedimento amministrativo che, a distanza di tanti anni dal 1942, assume un significato assai diverso rispetto a quanto era previsto quando fu scritto l'art.12 del codice civile. Francesco Galgano, con studi particolarmente significativi<sup>3</sup> e i molti altri autori che in questi anni hanno studiato il

---

<sup>3</sup> Cfr., tra i numerosi lavori dedicati da questo autore al tema delle persone giuridiche, F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario al codice*

problema del riconoscimento delle persone giuridiche, con specifico riferimento ai gruppi a carattere associativo, hanno chiarito le ragioni per le quali non può più ammettersi la concezione del riconoscimento a carattere costitutivo, in quanto la costituzione del 1948 riconosce la realtà associativa a prescindere dal riconoscimento dei gruppi in persone giuridiche.

Come giustamente osservava, all'inizio degli anni cinquanta, Domenico Rubino nella prima pagina del suo volume dedicato a *Le associazioni non riconosciute*<sup>4</sup>, l'espressione associazioni non riconosciute deve ritenersi impropria, giacché occorrerebbe più esattamente parlare di soggetti non dotati di personalità giuridica, essendo inesatto definire come soggetti «non riconosciuti» le associazioni non riconosciute e i comitati.

Una nuova disciplina degli enti del primo libro del codice civile dovrebbe prevedere, per le associazioni e per le fondazioni, un sistema di riconoscimento di tipo normativo, al pari di quello previsto per le società: mediante l'adozione di tale nuovo sistema, ammesso che si voglia continuare ad attribuire rilevanza giuridica alla distinzione tra soggetti di diritto personificati e non personificati, si otterrebbe il risultato che l'acquisto della personalità, attraverso l'omologazione e l'iscrizione, sarebbe esclusivamente legato all'adempimento delle formalità previste dalla legge.

Prevedere questa nuova forma di riconoscimento significa eliminare la discrezionalità dell'organo amministrativo preposto all'emanazione dell'atto concessorio e dunque rispettare in maggiore misura le libertà dei privati.

La riforma qui ipotizzata è stata prevista di recente dal legislatore. L'art. 2, comma 7 della legge 22 dicembre 1993, n. 537, che reca gli interventi correttivi di finanza pubblica, prevede infatti la semplificazione di ben centoventitré procedimenti amministrativi, attribuendo al governo il potere di emanare, ai sensi dell'art. 17, comma 2 della l. 23 agosto 1988, n. 400, norme di regolamentazione dei procedimenti amministrativi previsti dalle disposizioni o leggi di cui all'allegato

---

civile, SCIALOJA-G BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1976, IDEM, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, 1987.

<sup>4</sup> D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, p. 1.

elenco n. 4: il secondo dei procedimenti contemplati in tale elenco è quello di «riconoscimento di persone giuridiche private» (art. 12, cod. civ.).

Come precisò il ministro della funzione pubblica, Sabino Cassese, a seguito di tale riforma, «le associazioni private senza scopo di lucro, per ottenere la personalità giuridica, non dovranno più attendere il riconoscimento dell'autorità amministrativa: basterà la semplice iscrizione in un registro, previa omologazione dell'autorità giudiziaria»<sup>5</sup>.

Con riferimento all'istituto dell'autorizzazione agli acquisti degli enti, l'opinione prevalente in dottrina aveva da molto tempo ritenuto che questo istituto dovesse ormai ritenersi superato e che fosse dunque giustificato un intervento legislativo volto a prendere atto di tale superamento nella nuova realtà normativa, che esprime un diverso modo di concepire i rapporti tra i poteri pubblici e le varie forme di aggregazioni collettive che emergono nella società<sup>6</sup>.

Nei molti decenni dopo la sua previsione normativa, l'istituto dell'autorizzazione agli acquisti è stato spesso utilizzato nella prassi amministrativa per perseguire finalità diverse rispetto a quelle previste nella legislazione originaria, giacché con il passare del tempo l'obiettivo di controllare gli acquisti immobiliari degli enti è stato gradualmente sostituito dall'intento di controllare la vita interna del gruppo sociale durante l'esercizio della sua attività<sup>7</sup>. È vero che la

---

<sup>5</sup> S. CASSESE, *La carta dei servizi val più di una frusta*, in *La Stampa*, 23 gennaio 1994, p. 27.

<sup>6</sup> Per molti anni è mancata ogni iniziativa legislativa in tal senso. Nella terza legislatura fu presentato un disegno di legge di iniziativa governativa (*Atti della camera*, n. 2495), inteso soltanto a semplificare la procedura per l'esame dell'atto di autorizzazione agli acquisti. Su tale disegno di legge cfr. R. BOLAFFI, *Riconoscimento delle persone giuridiche e autorizzazione per gli acquisti degli enti morali*, in *Rass. parl.*, 1961, 10, p. 1229.

<sup>7</sup> Sul fondamento politico-giuridico dell'autorizzazione agli acquisti: U. FORTI, *Gli acquisti dei corpi morali e l'autorizzazione governativa*, in U.F., *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, II, p. 45; G. CAPRIOTTI, *L'autorizzazione agli acquisti per le persone giuridiche*, Firenze, 1952; M. CONDORELLI, *Disposizioni modali dirette alla fondazione degli enti e controllo sugli acquisti delle persone giuridiche*, in *Dir. eccl.*, 1961, 70, I, p. 349; S. LARICCIA, *Osservazioni in tema di autorizzazione agli acquisti degli enti ecclesiastici*, in *Giur. it.*, 1964, 117, II, p. 101. Con particolare riferimento agli enti non riconosciuti: S. LARICCIA, *Osservazioni in tema di autorizzazione agli acquisti degli enti ecclesiastici*, in *Giur. it.*, 1964, 117, II, p. 101. Con particolare riferimento agli enti non riconosciuti: S. LARICCIA, *Osservazioni in tema di disposizioni fiduciarie a favore di enti ecclesiastici*

corte costituzionale, con le tre sentenze nn. 62 del 1973, 140 del 1977 e 512 del 1988, ha affermato la legittimità costituzionale delle norme che prevedevano l'istituto dell'autorizzazione agli acquisti, ma era necessario trarre le conseguenze dalle recenti novità legislative, come quella che a proposito delle associazioni non riconosciute di volontariato ha ritenuto di non prevedere l'esigenza dell'autorizzazione agli acquisti. Con la conseguenza che, dopo l'approvazione di tale legge, aveva assunto sempre maggiore rilievo il dubbio sull'ammissibilità di un sistema che continuava a prevedere la necessità dell'autorizzazione per le sole associazioni di volontariato "riconosciute".

Con un parere del consiglio di Stato (sez. I, 18 dicembre 1991, n. 2980), era stata affermata la necessità che l'autorizzazione agli acquisti dovesse sussistere anche per le organizzazioni di volontariato "non riconosciute", dovendosi ritenere privo di giustificazione un sistema che non prevedeva questo istituto, che invece è previsto nei confronti delle organizzazioni di volontariato dotate di personalità giuridica<sup>8</sup>.

Da molti anni, in molti miei lavori avevo auspicato la soluzione favorevole all'abrogazione dell'istituto dell'autorizzazione agli acquisti nei confronti di tutti gli enti per i quali esso era ancora previsto e avevo espresso le ragioni che inducevano a proporre, in una eventuale riforma della disciplina codicistica riguardante le persone giuridiche, la eliminazione di tale istituto nei confronti di tutte le persone giuridiche.

Gli auspici della dottrina sono stati ora finalmente accolti dal legislatore che, nella recente l. 15 maggio 1997, n. 127, contenente *misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo*, all'art. 13 (*abrogazione delle disposizioni che prevedono autorizzazione ad accettare lasciti e donazioni e ad acquistare beni stabili*), ha stabilito: «1) l'articolo 17 del codice civile e la legge 21 giugno 1896, n. 218, sono abrogati; sono altresì abrogate le altre disposizioni che prescrivono autorizzazioni

---

*non riconosciuti*, in *Foro it.*, 1965, 90, I, pp. 654-60; M. TEDESCHI, *Nuove prospettive in tema di acquisti per interposta persona a favore di enti ecclesiastici non riconosciuti*, in *Arch. giur.*, 1972, 182, p. 23; G. MARICONDA, *L'acquisto immobiliare da parte delle associazioni non riconosciute*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 33, II, p. 13.

<sup>8</sup> Con riferimento ai problemi esaminati in questo parere, cfr. P. RESCIGNO, *Autonomia privata e legge nella disciplina del volontariato*, in *Giur. it.*, 1993, 1, IV, pp. 1-6.

per l'acquisto di immobili o per accettazione di donazioni, eredità e legati da parte di persone giuridiche, associazioni e fondazioni. 2) Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche alle acquisizioni deliberate o verificatesi in data anteriore a quella di entrata in vigore della presente legge».

3. *Le tre grandi distinzioni in tema di enti e persone giuridiche. Associazioni e fondazioni. Soggetti persone giuridiche e soggetti non persone giuridiche. Persone giuridiche pubbliche e private*

Le tre grandi partizioni che sono alla base della disciplina del primo libro del codice civile sono: la distinzione fra associazioni e fondazioni; la distinzione fra soggetto dotato di personalità giuridica e soggetto non dotato di personalità giuridica; la distinzione, appena adombrata nell'art. 11, cod. civ., fra persone giuridiche private e persone giuridiche pubbliche.

Personalmente ho molti dubbi sull'opportunità di ribadire, in un'eventuale riforma legislativa, le due distinzioni fra associazione e fondazione e fra soggetto-persona giuridica e soggetto non dotato della personalità giuridica.

Per quanto riguarda la distinzione tra associazioni e fondazioni, mi limito a ricordare che non mi sembra convincente l'affermazione che la ragione fondamentale che può giustificare una distinzione tra associazioni e fondazioni starebbe nel dato secondo il quale le fondazioni, più delle associazioni, sarebbero capaci di esprimere la tutela di interessi "generali". In proposito è necessario infatti ricordare che appare sempre più evidente nella realtà contemporanea l'importanza delle associazioni con interessi generali: è sufficiente pensare ai partiti e ai sindacati, tipiche associazioni di diritto privato con interessi generali. Se dunque la ragione fondamentale che giustifica la conservazione di una distinzione forse più legata al passato che alla realtà del presente è quella di tener conto che le fondazioni sono maggiormente idonee a tutelare interessi generali, mi sembra che si tratti di una giustificazione non sufficiente<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Sulla distinzione tra *associazioni e fondazioni*, valutata in una prospettiva di pos-

Perplexità ritengo di dovere anche esprimere con riferimento all'opportunità di conservare inalterata, nell'ipotesi di una riforma del sistema contemplato nel codice civile per le persone giuridiche, la distinzione fra soggetto-persona giuridica e soggetto-non persona giuridica.

In un'eventuale riforma dovrebbe apparire ben chiaro che l'iscrizione di un soggetto in un registro, a seguito della quale si otterrebbe il riconoscimento nel nuovo sistema del riconoscimento *normativo* del quale si è parlato nel § 2, non deve determinare conseguenze tali da incidere sull'eguaglianza dei gruppi sociali: anche il soggetto non dotato della personalità giuridica può considerarsi, per adottare un'espressione entrata nell'uso comune degli studiosi di diritto pubblico, una *figura giuridica soggettiva*.

Questo punto mi sembra che meriti particolare attenzione, come conferma l'esperienza degli studiosi delle autonomie confessionali, i quali, sin dai primi anni dopo la riforma della legislazione ecclesiastica iniziata nel 1984, hanno dovuto valutare con preoccupazione le conseguenze negative derivanti, per le cd. confessioni "senza intesa", dalla mancanza di un'intesa con lo Stato, da stipularsi ai sensi dell'art. 8, comma 3 della Costituzione: queste confessioni si sono trovate in grande difficoltà in questi anni, dopo l'avvio della politica delle intese che nel 1984 ha avuto inizio con la stipulazione della prima intesa con le chiese rappresentate dalla tavola valdese (intesa del 21 febbraio 1984, approvata con l. 11 agosto 1984, n. 449), in quanto nei loro confronti sono state operate dalla pubblica amministrazione discriminazioni di ogni sorta.

---

sibile riforma dei due istituti, cfr. D. VITTORIA, *Gli enti del primo libro del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in P. RESCIGNO, *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1989, pp. 21-192, spec. p. 57 ss.; M. COLACITO, *Fondazioni e associazioni: istituti da tenere insieme o da separare?*, in *queste istituzioni*, 1991, 87-88, pp. 195-198. Una bibliografia in materia di fondazioni è riportata nel volume *Le fondazioni in Italia*, P. RESCIGNO (a cura di), cit., pp. 529-557. Ivi è anche riportato un elenco delle principali fondazioni. A proposito delle fondazioni, G. GUARINO, *Le fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in *Le fondazioni*, cit., pp. 13-20, chiudeva l'articolo che è collocato all'inizio del libro osservando che «concepita la fondazione come istituto adatto a una pluralità di impieghi, un soggetto di diritto comune (...), viene meno la premessa per impostare problematiche agevolative che riguardino la fondazione come tale e che mirino pertanto a individuare serie di norme da applicare indistintamente a tutte le fondazioni»: ivi, p. 20.

Le confessioni che hanno stipulato intese con lo Stato italiano non hanno diritto a un trattamento differenziato (e privilegiato) sotto il profilo delle garanzie di libertà, in quanto l'art. 8, comma 1 della Costituzione prevede che tutte le confessioni religiose, e quindi non soltanto quelle che abbiano stipulato un'intesa, siano «egualmente libere» davanti alla legge. Eppure l'amministrazione, e non soltanto quella statale ma anche quella regionale, ha ritenuto di poter trarre molte pesanti conseguenze dalla mancata stipulazione di un'intesa con lo Stato.

È soltanto un esempio, ma è un esempio a mio avviso significativo per comprendere come molto spesso l'attribuzione di una qualifica differenziata nei confronti di più soggetti si ritiene possa giustificare la concessione di privilegi, immunità e garanzie. In proposito è necessario tenere presente che ogni differenziazione deve trovare un limite nella "ragionevolezza" delle decisioni assunte, per richiamare un'esigenza costantemente sottolineata nella giurisprudenza della corte costituzionale. Può comprendersi per esempio che, a seguito di un'iscrizione in un registro, il soggetto iscritto sia sottoposto a un trattamento giuridico differenziato rispetto a quello riservato ai soggetti non iscritti, ma occorre che ogni differenziazione trovi un suo fondamento nella ragionevolezza delle differenti discipline<sup>10</sup>.

Nella recente legislazione è comunque evidente la tendenza ad accogliere un criterio di soggettività giuridica che prescindendo dalla ricorrenza di un formale riconoscimento in persona giuridica: l'art. 9 della legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990, che rappresenta una delle più significative novità della legislazione più recente, prevede per esempio che «qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, ha facoltà di intervenire nel procedimento».

L'ampia formula prevista dal legislatore per disciplinare il problema della tutela degli interessi superindividuali consente di ritenere che è «inconferente, ai fini ermeneutici dell'art. 9 della l. n. 241 del 1990» la distinzione tra associazioni riconosciute e non riconosciute perché

---

<sup>10</sup> Su questa importante esigenza cfr. ora L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997.

tale norma comprende entrambe le tipologie<sup>11</sup>. Il collegamento con la formula organizzatoria dell'associazione o del comitato è comunque soltanto stabilita per la rappresentanza degli interessi diffusi, giacché nella medesima norma tale collegamento non è invece previsto per i "soggetti" portatori di interessi pubblici o privati. A tutti questi soggetti è consentito prendere visione degli atti del procedimento e presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento (art. 10, 1. cit.).

Sarebbe dunque da evitare un'eventuale riforma delle norme del primo libro del codice civile che non tenesse conto delle tendenze legislative, dottrinali<sup>12</sup> e giurisprudenziali<sup>13</sup> favorevoli a garantire, in modo sempre più pieno, le situazioni giuridiche soggettive di gruppi associativi privi di personalità, per continuare a usare un'infelice espressione legata alla "mistica della personalità".

A proposito, infine, della distinzione fra la persona giuridica *pubblica* e quella *privata*, sarebbe importante che il legislatore prendesse atto di quello che è ormai un dato acquisito nella valutazione dottrinale e giurisprudenziale, che cioè l'ente pubblico è «un nome vano senza soggetto»<sup>14</sup>, come si precisa in molti contributi dedicati a questo problema, e che è sempre più avvertita l'esigenza di guardare alla realtà degli enti pubblici ponendo in rilievo soprattutto le differenziazioni fra i vari enti<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. in tal senso, tra gli altri, A. ZUCCHETTI, *La partecipazione del cittadino nelle autonomie locali*, Milano, 1992, p. 294, il quale ritiene che sia anche irrilevante la distinzione tra associazioni facoltative, obbligatorie e coattive ovvero tra associazioni perpetue e temporanee, oppure tra associazioni nazionali o locali.

<sup>12</sup> Per una convincente valutazione critica della tendenza legislativa a istituzionalizzare il più possibile, sul modello dell'art. 18 della l. 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del ministero dell'ambiente, la struttura di imputazione di interessi diffusi, cfr M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, 112, V, p. 7.

<sup>13</sup> Grande rilievo fu giustamente attribuito, nel 1979, all'esplicita affermazione dell'adunanza plenaria del consiglio di Stato che la titolarità di un interesse legittimo connesso con interessi cd. diffusi potesse essere ammesso anche nei confronti di associazioni non personificate: cfr. cons. Stato 19 ottobre 1979, 24, in *Foro it.*, 1980, 105, V, p. 1, con nota di A. ROMANO che sottolinea l'importanza di tale principio.

<sup>14</sup> C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1962, p. 156.

<sup>15</sup> Nella dottrina italiana i principali lavori monografici in tema di enti pubblici sono

Dimostratisi inidonei molti dei criteri proposti per differenziare tra loro gli enti pubblici e gli enti privati, taluni autori hanno posto in dubbio la stessa validità del concetto di *ente pubblico* nel diritto positivo italiano e hanno rilevato l'opportunità di procedere per via di analisi nell'esame dei singoli enti, ritenendo ormai superate le concezioni sulle quali la differenziazione in questione era precedentemente fondata.

La connessione tra la natura pubblica e privata che si rivela evidente in un numero sempre maggiore di enti già da tempo ha indotto gli studiosi più attenti alle novità della realtà normativa e più sensibili all'esigenza di soddisfare le nuove istanze sociali a configurare una nuova categoria di enti, definiti *enti privati di interesse nazionale (o pubblico)*<sup>16</sup>, la cui disciplina appare opportuna in quanto l'azione di

---

quelli di V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959; M. SOPRANO, *Per uno studio sugli enti pubblici*, Napoli, 1967; S. D'ALBERGO, *Sistema positivo degli enti pubblici nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1969; D. SERRANI, *I poteri per enti. Enti pubblici e sistema politico in Italia*, Catania, 1978; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit. Ma la bibliografia in tema di enti pubblici è sconfinata e per essa si rinvia agli scritti citati in quest'ultima monografia. Adde, di recente, A. BARDUSCO, *Ente pubblico*, in *Dig. IV, Disc. pubbl.*, Torino, VI, 1991, pp. 64- 85; A. BARDUSCO, *Fondazione di diritto pubblico*, *ivi*, pp. 389-96; G. ROSSI, *Ente pubblico*, in *Enc. giur.*, Istituto dell'enciclopedia italiana, Roma, 1989, XII; L. GALATERIA-M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 1993, II ed., p. 115; A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, I, p. 249 ss. Di grande interesse, per una valutazione del problema all'inizio degli anni settanta, *Gli enti pubblici italiani*, V. MORTARA (introduzione di), Milano, 1972. Per una individuazione delle persone giuridiche pubbliche dopo la l. 20 marzo 1975, n. 70 (legge sul parastato), cfr. V. CERULLI IRELLI, *Problemi dell'individuazione delle persone giuridiche pubbliche (dopo la legge sul "parastato")*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 27, pp. 626-677. Con particolare riferimento alla questione della natura giuridica delle IPAB, soprattutto dopo l'importante sentenza della corte cost. n. 396 del 1988, in *Giur. cost.*, 1988, 33, p. 1744, con nota di U. DE SIERVO, *La tormentata vicenda delle IPAB*, cfr. R. FERRARA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso IPAB: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di destinazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 40, pp. 445-490.

<sup>16</sup> Sugli enti privati di *interesse nazionale (o pubblico)*, cfr. M. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, p. 72; A. M. SANDULLI, *Enti pubblici ed enti privati di interesse pubblico*, in *Giust. civ.*, 1958, IV; A. M. SANDULLI, *Gli enti pubblici e gli enti privati di interesse pubblico*, in *L'organizzazione amministrativa*, Milano, 1959; N. LEONETTI, *Le società d'interesse nazionale*, in *Banca, Borsa, titoli cred.*, 1976, p. 426; R. PEREZ, *Gli enti privati di interesse pubblico*, Milano, 1984; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit.; M. S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione*

associazioni e fondazioni aventi fini di tutela di interessi collettivi e diffusi «è di assai utile fiancheggiamento dell'azione dei pubblici poteri, dello Stato in particolare, per la tutela di interessi collettivi e diffusi, come quelli attinenti al paesaggio, all'ambiente, al verde pubblico, ma anche per ciò che attiene al controllo dei prezzi, alla lotta contro le sofisticazioni alimentari, contro la violazione di norme attinenti ai caratteri di prodotto da immettere al consumo, e simili<sup>17</sup>».

#### 4. *La tutela degli interessi superindividuali*

L'argomento alla fine del paragrafo precedente, si presenta intimamente collegato con una questione che non ha ancora trovato una soddisfacente impostazione, nonostante il numero e la grande rilevanza dei contributi dottrinali a essa dedicati: la questione della tutela degli interessi superindividuali, variamente definiti come interessi collettivi, diffusi, plurisoggettivi, metaindividuali, ecc. Come giustamente si è in proposito recentemente osservato, con specifico riferimento alla tutela degli interessi diffusi, in uno studio dedicato al tema degli interessi protetti nel processo amministrativo, «pur avendo raggiunto sovente risultati ragguardevoli non può dirsi che la ricerca sia terminata né che abbia raggiunto risultati definitivi<sup>18</sup>».

Si è già ricordata l'importante disposizione contenuta nell'art 9 della legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990, nella quale ai soggetti portatori di interessi diffusi è riconosciuta la facoltà di intervenire nel procedimento amministrativo. Oltre alla protezione de-

---

dello Stato, in *Foro it.*, 1979, CIV, V, pp. 289-3 14; M.S. GIANNINI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1993, III ed., I, p. 225. Con particolare riferimento al caso della Croce rossa italiana: E. BALOCCHI, *Osservazioni sulla disciplina giuridica della Croce rossa italiana*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, I, pp. 2 1-60 (ivi bibliografia). V. anche il parere dell'adunanza generale del consiglio di Stato, 7 febbraio 1991, 10, in *Foro it.*, 1993, CXVIII, III, p. 388, con ampia nota di richiami.

<sup>17</sup> Cfr. M. S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, cit.: il § 5.10 è interamente dedicato alla considerazione degli «enti di interesse nazionale». Sullo schema di disegno di legge presentato in proposito cfr. il parere del consiglio di Stato 19 febbraio 1981, 1, in *Cons. Stato*, 1981, I, p. 465.

<sup>18</sup> F. G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm)*, in *Enc. giur.*, Istituto dell'enciclopedia italiana, Roma, 1989, XVII, p. 15.

gli interessi definiti come «diffusi», la disposizione parla anche però, più in generale, di soggetti «portatori di interessi pubblici o privati».

E da ricordare che il testo proposto dalla commissione Nigro, nel prevedere, nel titolo III, punto 4, l'espressione «qualunque soggetto portatore di interessi pubblici diffusi, collettivi o privati» non stabiliva formule organizzatorie, seppure elementari (associazioni o comitati) della rappresentanza di questi interessi.

Valutando il problema della tutela degli interessi superindividuali (diffusi o collettivi che essi siano), si può innanzi tutto rilevare la tendenza più recente a superare quegli orientamenti che in passato escludevano la proponibilità della domanda giudiziale quando i vari interessi dedotti in giudizio si collegavano a un *interesse unitario e collettivo*<sup>19</sup> o alla lesione dell'interesse *diffuso* «delle persone appartenenti alla collettività comunale» o «ad altra aggregazione»<sup>20</sup>. Sul presupposto della mancanza di personalità dell'interesse, in passato la giurisprudenza amministrativa negava che potessero agire in difesa degli interessi dei singoli appartenenti alla categoria le associazioni e gli ordini professionali<sup>21</sup>. Ma non può certo ritenersi estinta, come notava Mario Nigro, «la *querelle* generale se le formazioni sociali aventi interessi propri possano caricarsi anche degli interessi dei propri associati<sup>22</sup>».

Più difficile è però individuare una logica unitaria capace di esprimere la varietà delle posizioni sostenute in dottrina e in giurisprudenza con riferimento a tale problema. Per un esame più analitico della questione occorre esaminare gli scritti che affrontano espressamente l'argomento<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Cons. Stato, sez. VI, 2 dicembre 1939, 423.

<sup>20</sup> Cfr. soprattutto la giurisprudenza relativa all'istituzione di farmacie: in particolare Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 1961, n. 457, in *Rass. Cons. Stato*, 1961, I, p. 1571.

<sup>21</sup> Cons. Stato sez. V, 10 marzo 1962, n. 221; per altre citazioni cfr. A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al consiglio di Stato*, Napoli, 1964, p. 213.

<sup>22</sup> M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso*, cit., nt. 5.

<sup>23</sup> Per specifici riferimenti rinvio, oltre che alle due bibliografie di R. FEDERICI, *Gli interessi diffusi*, Padova, 1984 e di U. RUFFOLO, *Interessi collettivi e diffusi e tutela del consumatore*, Milano, 1985, alle indicazioni riportate in A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992, spec. p. 45 ss. V. anche F. G. SCOCA, *Interessi protetti*, cit. e la bibliografia ivi citata.

Volendo inquadrare in una breve sintesi il problema della tutela degli interessi superindividuali, si può ricordare che la pertinenza del cd. interesse diffuso alla sfera giuridica di un soggetto individuale o collettivo è stata, nelle varie ipotesi, desunta da diversi fattori<sup>24</sup>, fra i quali si possono ricordare i seguenti: collegamento di tipo territoriale, individuato dal giudice amministrativo sin dal 1970<sup>25</sup> e successivamente confermato dalla giurisprudenza civile; finalità istituzionali, statutarie o perseguite di fatto dalla figura giuridica soggettiva, che hanno indotto la giurisprudenza a riconoscere a enti pubblici il potere di ricorrere dinanzi al giudice amministrativo a tutela dell'interesse pubblico costituente il substrato delle potestà dell'ente azienda di soggiorno e turismo, legittimata a impugnare provvedimenti incidenti su interessi corrispondenti alle sue finalità istituzionali<sup>26</sup>; *automobil club* provinciale, legittimato a impugnare provvedimenti lesivi degli «interessi generali dell'automobilismo italiano, del quale promuove e favorisce lo sviluppo»<sup>27</sup>; ordini e collegi professionali, a tutela, dell'intera categoria rappresentata, ecc.; legittimazioni collettive a tutela di interessi paesistici e ambientali in capo a entità soggettive non pubbliche: in proposito assai nota è la decisione del consiglio di Stato, sez. V, 9 marzo 1973, n. 253, che ha riconosciuto a *Italia nostra* la legittimazione a impugnare una licenza edilizia la cui attuazione avrebbe comportato l'alterazione di bellezze naturali<sup>28</sup>; decisione però cassata senza rinvio (per difetto assoluto di giurisdizione) da cass. sez.

---

<sup>24</sup> Una rassegna di notevole completezza sul tema e quella a cura di A. ANGIULI, *La tutela degli interessi superindividuali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. e soc.*, 1983, VI, 2, pp. 337-366; A. ANGIULI, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale*, Napoli, 1986.

<sup>25</sup> Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 1970, n. 523, in *Giur. it.*, 1970, III, p. 193, con riferimento all'interpretazione dell'art. 10, l. n. 765 del 1967.

<sup>26</sup> TAR Marche, 8 aprile 1981, n. 249, in *Rass. TAR*, 1981, I, p. 1808.

<sup>27</sup> TAR Piemonte, 15 maggio 1979, n. 252, *ivi*, 1979, I, p. 2064.

<sup>28</sup> Pubblicata in molte riviste giuridiche con note di commento: vedila in *Rass. cons. Stato*, 1973, I, p. 419. Sulla vicenda di *Italia nostra* cfr. soprattutto L. ZANUTTIGH, *Italia nostra di fronte al Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 1974, XCIX, III, p. 34; *Italia nostra davanti alla Corte di cassazione*, *ivi*, 1979, CIV, I, p. 167.

un., 8 maggio 1978, n. 2207<sup>29</sup>; il fine statutario di un'associazione, si è precisato nella successiva giurisprudenza amministrativa, non garantisce la effettiva esponenzialità da parte di quest'ultima di determinati interessi di gruppo.

Con riferimento alla legittimazione di *Italia nostra* a ricorrere nel processo amministrativo contro un provvedimento lesivo dell'assetto territoriale, l'adunanza plenaria del consiglio di Stato, con una decisione molto nota che ha suscitato particolare interesse in dottrina<sup>30</sup>, ha posto notevoli limiti all'orientamento affermato nella citata decisione del 1973, precisando che la titolarità in via tendenzialmente esclusiva di interessi nella sostanza pubblici non può derivare da un atto di autoassunzione né da una indagine limitata all'accertamento della liceità degli scopi di un'associazione. Tale decisione, che è stata ritenuta arretrata rispetto a precedenti tendenze emerse nella giurisprudenza amministrativa<sup>31</sup>, ha tuttavia stabilito l'importante principio che lega la legittimazione ad agire all'insediamento abitativo inteso come legame non occasionale con il territorio<sup>32</sup>. Importante, in tale decisione, è l'esplicita affermazione secondo la quale il riconoscimento governativo di un'associazione come persona giuridica non costituisce presupposto necessario della legittimazione processuale, dovendosi ritenere che «al pari di quelle riconosciute, anche le associazioni non riconosciute sono fornite di una capacità processuale autonoma e distinta da quella degli associati (art. 36, comma 2, cod. civ.: che è quanto basta per ritenere integrato l'estremo della "giuridicità" dei corpi morali di cui all'art. 26, t.u., 26 giugno 1924, n. 1054<sup>33</sup>».

---

<sup>29</sup> Pubblicata in *Foro it.*, 1978, CIII, I, p. 190, con nota di C. BARONE. Anche l'adunanza plenaria del consiglio di Stato (dec. 19 ottobre 1979, n. 24, in *Foro it.*, 1980, CV, III, p. 1, con nota di A. ROMANO) ha posto notevoli limiti all'orientamento affermato nella citata decisione del 1973, precisando che la titolarità in via tendenzialmente esclusiva di interessi nella sostanza pubblici non può derivare da un atto di autoassunzione né da una indagine limitata all'accertamento della liceità degli scopi di un'associazione.

<sup>30</sup> Dec. 19 ottobre 1979, n. 24, cit.

<sup>31</sup> Cfr. in tal senso N. GRECO, *La valutazione di impatto ambientale. Rivoluzione o complicazione amministrativa?*, Milano, 1984.

<sup>32</sup> Cfr. sul punto M. FRANCO, *Tutela del territorio*, cit.

<sup>33</sup> Cons. Stato, ad. plen., n. 24 del 1979, cit., 5.

Tra i fattori dai quali dedurre la pertinenza dell'interesse diffuso a un soggetto, ha acquistato sempre maggiore rilievo quello della partecipazione al procedimento di formazione dell'atto amministrativo, con riferimento al collegamento fra le legittimazioni cd. procedimentali, sempre più spesso riconosciute a individui e/o associazioni, e legittimazioni processuali<sup>34</sup>.

A proposito di quest'ultimo aspetto, va ricordato che, come è noto, costituisce un principio peculiare delle più recenti concezioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza e accolte dal legislatore in tema di procedimento amministrativo quello tendente a favorire i processi di partecipazione della società all'attività dei pubblici poteri e a riconoscere a una cerchia sempre più ampia di enti esponenziali di interessi superindividuali (collettivi e/o diffusi) il compito di contribuire allo svolgersi di una più efficiente azione amministrativa<sup>35</sup>: costituisce infatti un'esigenza sempre più avvertita la realizzazione di una nuova legalità, «non una legalità-legittimità, ma una legalità-giustizia che non si limiti ad assicurare la conformità dell'ordine amministrativo all'ordine normativo preesistente<sup>36</sup>», ma sia idonea a consentire un giusto assetto dei vari interessi, con la partecipazione attraverso il confronto tra le rispettive esigenze<sup>37</sup>.

Gli studi più recenti sull'azione amministrativa e le nuove tendenze legislative riguardanti tale settore del diritto amministrativo (mi riferisco naturalmente alla legge di riforma delle autonomie locali

---

<sup>34</sup> Cfr. soprattutto M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1980, XXXIV, spec. pp. 234-235; M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso*, cit. Per indicazioni sulla giurisprudenza che ha seguito tale criterio interpretativo v. A. ANGIULI, *La tutela*, cit., pp. 361-365.

<sup>35</sup> Con riferimento al tema della valenza collettiva dei nuovi interessi sociali (ambiente, salute ecc.) ai quali si cerca di assicurare progressivamente adeguate forme di tutela, cfr. L. LONGO, *Quale tutela per gli interessi collettivi e diffusi?*, cit.

<sup>36</sup> P. CALANDRA, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1978, p. 444, richiama l'attenzione sull'esigenza che nel procedimento amministrativo il funzionario istruttore svolga una prima verifica dei vari interessi coinvolti, tutti ammessi a essere ascoltati.

<sup>37</sup> Sulla vasta problematica riguardante i soggetti rappresentanti di interessi collettivi, con particolare riferimento alla materia dell'ambiente, cfr. di recente G. ARIOLLI, *La partecipazione delle associazioni ambientaliste al procedimento amministrativo, ai sensi della l. n. 241 del 1990*, in *Dir. e giur. agraria e dell'ambiente*, 1993.

n. 142 del 1990 e alla legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990) dedicano giustamente un rilievo particolare al principio del contraddittorio e all'importanza che assume la partecipazione del privato nelle varie fasi del procedimento amministrativo, nella prospettiva di un'azione che favorisca il più possibile il momento convenzionale e sia capace di soddisfare le istanze e le aspettative dei soggetti che partecipano al procedimento<sup>38</sup>. La constatazione che attualmente le decisioni amministrative vengono contratte con i vari «gruppi di pressione» operanti nella società, molti dei quali, pur avendo un'autonoma soggettività giuridica, non sono costituiti in persone giuridiche, induce a individuare l'esistenza di principi posti a garanzia di tali gruppi, come il principio di partecipazione e quello di pubblicità.

### 5. *La legge quadro sul volontariato*

La recente l. 11 agosto 1991, n. 266, nota come legge quadro sul volontariato, contiene una disciplina che deve essere attentamente considerata in una valutazione riguardante il tema della *soggettività giuridica*, giacché molte sue disposizioni non possono non esercitare influenza nel più generale sistema giuridico italiano.

In tale legge sono previste alcune novità, come, per esempio, la già ricordata disciplina a proposito della non necessità dell'autorizzazione per gli acquisti degli enti (non riconosciuti) di volontariato, e, più in generale, l'affermazione della soggettività indipendentemente dalla capacità giuridica, che è probabilmente la più grossa novità della legge

---

<sup>38</sup> Per un primo commento alle novità legislative in merito all'istituto, che sembra trovare molti consensi a livello normativo, della cd. conferenza di servizi (cfr. art. 14, l. n. 241 del 1990) anche con riferimento alla disciplina prevista nell'art. 27, l. n. 142 del 1990, che si riferisce alla formazione di un accordo di programma, cfr. G. GRECO, *Commento all'art. 27, l. n. 142 del 1990*, in *La legge sulle autonomie locali*, V. ITALIA (a cura di), Milano, 1990, p. 379, G. GRECO, *Commento all'art 14, l n. 241 del 1990*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (legge 7 agosto 1990, n 241)*, V. ITALIA-M. BASSANI (a cura di), Milano, 1991, p. 273. A proposito della conferenza di servizi, molte e importanti novità sono contenute nella l. n 127 del 1997: cfr. specialmente art. 17, *Ulteriori disposizioni in materia di semplificazione dell'attività amministrativa e di snellimento dei procedimenti di decisione e di controllo*.

sul volontariato<sup>39</sup>, che meritano di essere considerate nell'ambito più generale delle persone giuridiche<sup>40</sup>.

Il riconoscimento delle organizzazioni di volontariato nella loro soggettività sociale e giuridica inserisce a pieno titolo queste organizzazioni nel circuito istituzionale e favorisce la tendenza, indicata soprattutto dalle ll. n. 142 e 241 del 1990, a forme di collaborazione tra pubblico e privato che le organizzazioni amministrative devono perseguire in coerenza con il dettato costituzionale.

L'importanza di questa legge consiste anche nella constatazione che il legislatore ha dovuto prendere atto che non è più sufficiente un mero riferimento alle grandi organizzazioni di volontariato che potrebbero definirsi "storiche" (le organizzazioni di matrice cattolica, come le Dame di San Vincenzo, la Caritas, le Missionarie della carità, le Misericordie ecc. e quelle di ispirazione laica, come la Croce rossa italiana, le Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza ecc.), dovendosi ritenere di rilievo sempre maggiore l'azione svolta dalle moltissime associazioni di fatto, da gruppi spontanei a volte composti di poche persone, che rendono questo fenomeno particolarmente fluido e complesso e non consentono di poter perseguire una politica di rigida istituzionalizzazione.

---

<sup>39</sup> Cfr. in tal senso, V. PANUCCIO, *Volontariato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1993, XLVI, pp. 1081-1102, spec. p. 1089.

<sup>40</sup> La bibliografia in tema di organizzazioni di volontariato è molto ampia: per essa rinvio a quella riportata nella voce di V. PANUCCIO, *Volontariato*, cit. Ricordo in particolare la monografia di L. MENGhini, *Nuovi valori costituzionali e volontariato. Riflessioni sull'attualità del lavoro gratuito*, Milano, 1989 e inoltre: V. CESAREO, *Associazione, volontariato*, in *Diz. di politica*, Torino, 1983, pp. 54-56; G. L. TAVAZZA, *Per un volontariato "soggetto politico"*, in *Volontariato ed enti locali*; L. Tavazza (cura di), atti del III convegno nazionale sul volontariato, Lucca, 4-6 maggio 1984, Bologna, 1985; COTTURRI, *Volontariato e associazionismo nuovi principi*, in *Oltre la solidarietà di classe per una solidarietà della cittadinanza*, atti del seminario sul volontariato, Frattocchie, 6-7 dicembre 1986, Roma, 1988; FANTINI, *Cooperative di solidarietà, cosa le accomuna e cosa le differenzia dal volontariato*, ivi; GUADINO, *Le cooperative finalizzate*, in *Riv. dir. proc. Civ.*, 1986, XL, p. 565; BUSANI, *Associazioni e cooperative nel futuro del volontariato*, in *Il Sole 24 ore*, 27 agosto 1991; B. CASADEI, *Associazionismo e volontariato in parlamento*, in *Queste istituzioni*, 1991, XIX, 85-86, pp. 131-136; E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, in *Giur. cost.*, 1992, XXXVII, p. 2348 e ivi l'ampia bibliografia riportata; P. RESCIGNO, *Autonomia privata e legge nella disciplina del volontariato*, cit.

6. *Problematiche inerenti alla compatibilità tipologica tra imprese ed enti non-profit. La questione della legittimità dell'esercizio di attività economica da parte degli enti del primo libro del codice civile e, in particolare, delle fondazioni*

Nel diritto italiano non esiste una formazione organica del settore non-profit, e dunque la disciplina relativa a tali organizzazioni va individuata sulla base di disposizioni, di carattere generale, contenute nella Costituzione e nel codice civile del 1942, e da leggi di settore che regolano la struttura organizzativa e l'attività degli enti privati a fini non lucrativi; leggi regionali, leggi tributarie, legge quadro sul volontariato e legge quadro sulle cooperative sociali?

Per quanto attiene agli aspetti civilistici delle fondazioni, una questione di carattere preliminare, che riguarda l'interpretazione delle disposizioni contenute nel codice civile, è quella che si riferisce all'ammissibilità (alla legittimità) dell'esercizio di attività da parte degli enti del primo libro del codice civile: questione che nasce dal silenzio normativo sul punto.

E facile constatare l'enorme rilevanza, in continua espansione, delle ipotesi nelle quali enti senza scopo di lucro della più varia natura (partiti politici e sindacati che gestiscono attività editoriali, fondazioni culturali che organizzano attività teatrali e serate musicali; club sportivi che effettuano operazioni immobiliari; associazioni e fondazioni che esercitano attività ospedaliera, ecc.) operano sul mercato insieme a organismi collettivi tradizionalmente impegnati in attività di natura imprenditoriale<sup>41</sup>.

Nonostante il silenzio del legislatore, che nel 1942 non aveva certo pensato alle associazioni e alle fondazioni come soggetti idonei a svolgere attività di impresa in forma collettiva, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, anche se non mancano autorevoli opinioni contrarie<sup>42</sup>, ritengono già da alcuni anni che il carattere non lucrativo

---

<sup>41</sup> Cfr. tra gli altri, nella dottrina più recente, G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 1996, spec. p. 163 ss.; S. RISTUCCIA, *Volontariato e fondazioni. Fisionomia del settore non-profit*, Rimini, 1996.

<sup>42</sup> Cfr. soprattutto C. M. BIANCA, *Diritto civile. I. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1990, pp. 315, 334, 351, il quale sostiene la tesi che, nei casi in cui l'esercizio d'impresa sia svolto da enti collettivi di tipo associativo o fondazionale, si possa qualificare il rapporto come di società di fatto.

degli enti del primo libro, cod. civ., non sia affatto incompatibile con l'esercizio di attività economica<sup>43</sup>.

Come si è osservato con chiarezza in una sentenza della corte di appello di Palermo del 7 aprile 1989, con riferimento al quesito se anche l'associazione possa avere a oggetto l'esercizio di attività economiche, «non può ovviamente influire la considerazione che l'associazione in senso stretto debba, per essere tale, agire per la realizzazione di scopi di natura non economica. Il fatto di escludere che le associazioni in senso stretto possano perseguire scopi economici non implica, di per sé solo, che “economica” – organizzata, cioè, per la produzione o per lo scambio di beni o di servizi patrimonialmente valutabili – non possa essere l'attività dell'associazione (talune associazioni, infatti, quali in particolare le associazioni assistenziali o quelle ricreative, non perdono la loro natura di associazioni con scopo non economico per la sola circostanza che producono, a favore dei propri membri, servizi patrimonialmente valutabili)<sup>44</sup>».

Dato il carattere generale di questo scritto, che riflette la definizione del profilo generale richiestomi, non si considerano qui importanti questioni collegate al problema della legittimità dell'esercizio di attività economica da parte degli enti del primo libro del codice civile, come quelle relative all'applicazione dello statuto speciale dell'imprenditore commerciale e alla estensione del fallimento ai partecipanti dell'associazione non riconosciuta

In generale, a mio avviso, è giusto aderire alla tesi che nega che la

---

<sup>43</sup> Cfr., per tutti, F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit., p. 74; G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., p. 163 ss.; G. PONZANELLI, *Fondazione d'impresa, fallimento e mondo «non-profit»* (osservazione a trib. Milano, 17 giugno 1994), in *Foro it.*, 1994, 119, I, pp. 3544-3550. La sentenza annotata da Ponzanelli nello scritto ora citato, che è stata da me considerata nelle lezioni svolte nel corso di formazione svoltosi a Bologna, ha affermato che, accanto all'imprenditore individuale e a quello sociale, possono configurarsi formazioni collettive cd. *non-profit*, nelle quali lo *status* di imprenditore commerciale si acquista anche quando vi è la obbligatoria e intenzionale devoluzione degli utili a fini altruistici o quando si tenda semplicemente a una gestione economica in pari; tale *tertium genus* di imprenditore collettivo «non sociale» va assoggettato a fallimento. La sentenza del tribunale di Milano è stata anche pubblicata in *Giur. it.*, 1995, 147, I, 2, p. 283 ss., con nota di S. SANZO, *Insolvenza della fondazione-impresa: brevi appunti sulle conseguenti problematiche di diritto fallimentare*.

<sup>44</sup> App. Palermo, 7 aprile 1989, in *Giur. comm.*, 1992, II, p. 61, con nota di M. PERRINO, *Esercizio indiretto dell'impresa «scolastica», associazione e fallimento*.

società sia stata legislativamente concepita come la figura ricorrente tutte le volte che un'attività economica venga collettivamente esercitata e afferma che essa è in realtà solo una – sia pure la più frequente – forma di esercizio collettivo di attività economiche: quella dell'attività economica collettivamente esercitata secondo l'espressa delimitazione contenuta nell'art. 2247, cod. civ., «allo scopo di dividerne gli utili».

È poi da rilevare che le soluzioni che si accolgono a proposito della legittimità dell'attività economica degli enti non-profit devono riferirsi non solo agli enti di tipo associativo, ma anche a quelli di natura fondazionale<sup>45</sup>. Anche la fondazione, infatti, insieme agli altri enti senza scopo di lucro, può svolgere attività di impresa e anche per le fondazioni la dottrina e la giurisprudenza ritengono di poter adottare il criterio dell'attività esclusiva o prevalente ai fini dell'applicabilità dello statuto speciale dell'imprenditore commerciale<sup>46</sup>.

## 7. Conclusioni

Infine è giusto sottolineare l'importante contributo che la dottrina e la giurisprudenza, con intuizioni e valutazioni di grande interesse, hanno fornito negli ultimi decenni per la soluzione dei molti e delicati problemi relativi al tema delle persone giuridiche.

A me sembra che sia giunto però il momento per prevedere una riforma legislativa delle norme contenute nel primo libro del codice

---

<sup>45</sup> Cfr. sul punto, P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Riv. società*, 1967, p. 812 ss.; P. RESCIGNO, *Fondazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1968, XVII, p. 790 ss., R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, 14, I, p. 26 ss.; A. ZOPPINI, *Considerazioni sulle fondazioni d'impresa e sulla fondazione fiduciaria regolata da una recente legge francese*, *ivi*, 1991, 37, p. 573 ss.; A. ZOPPINI, *Enti senza scopo di lucro e attività economiche*, in AA.VV., *Fondazioni e associazioni. Proposte per una riforma del primo libro del codice civile*, Rimini, 1995, p. 207 ss.; G. MARASÀ, *Attività imprenditoriale e scopi mutualistici nelle associazioni del libro I del codice civile*, *ivi*, p. 189 ss.

<sup>46</sup> Cfr. sul punto G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, *cit.*, p. 175 ss., il quale si sofferma a esaminare la particolarità dello scopo delle fondazioni, normalmente destinato a una utilità pubblica, e il preteso distacco tra fondatore e patrimonio vincolato, da cui deriverebbe il divieto di destinazione dei risultati a beneficio dei fondatori o degli amministratori. V. anche G. PONZANELLI, *Fondazione d'impresa, fallimento e mondo non-profit*, *cit.*

civile a proposito delle persone giuridiche una riforma e una revisione di carattere generale, concernente cioè tutti gli enti, in quanto non sarei invece favorevole a una riforma che riguardasse le sole associazioni e fondazioni e non si riferisse anche alle associazioni non riconosciute e ai comitati. Mi sembra infatti che una riforma troppo settoriale, per esempio limitata ai soli soggetti con personalità giuridica, presenterebbe il rischio di accentuare quelle disparità di trattamento alle quali ho fatto riferimento nelle pagine precedenti.

## *Vecchi e nuovi problemi in tema di enti pubblici e privati\**

SOMMARIO: 1. Premessa. Individuazione di alcuni tra i più importanti argomenti esaminati recentemente in tema di enti pubblici e privati. - 2. Le ragioni che giustificano una proposta di riforma della disciplina del primo libro del codice civile in materia di persone giuridiche. - 3. Il riconoscimento degli enti. - 4. L'istituto dell'autorizzazione agli acquisti degli enti. - 5. Le tradizionali distinzioni contemplate nel codice civile tra associazioni e fondazioni e tra i soggetti personificati e quelli non personificati. - 6. La distinzione tra enti pubblici e privati. - 7. La privatizzazione degli enti pubblici. Gli enti di interesse nazionale (o pubblico). - 8. I soggetti rappresentanti di interessi superindividuali. - 9. Le organizzazioni di volontariato.

### *1. Premessa. Individuazione di alcuni tra i più importanti argomenti esaminati recentemente in tema di enti pubblici e privati*

È noto che il diritto amministrativo ha subito in questi anni una profonda trasformazione, a seguito della quale si rende necessaria ed urgente una riconsiderazione di molti dei suoi istituti<sup>1</sup>. Uno dei settori nei quali questa trasformazione appare più evidente è quello, ampio ed articolato, concernente la materia degli enti.

A questo tema ha dedicato costantemente attenzione Giuseppe Guarino con molti importanti contributi nei quali tale argomento è stato affrontato con l'acume, l'originalità e la sensibilità all'evoluzione del diritto positivo<sup>2</sup> che hanno sempre caratterizzato i lavori

---

\* In AA.VV. *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, Cedam, 1998, pp. 563-99.

<sup>1</sup> Tra gli scritti che in modo più chiaro evidenziano le profonde modificazioni intervenute nella disciplina del diritto amministrativo dopo l'entrata in vigore di alcune tra le più significative leggi degli ultimi anni, in particolare le leggi n. 142 e 241 del 1990, cfr. F. BASSI, *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 42 (1992), 744-52.

<sup>2</sup> Nelle parole di saluto pronunciate prima dell'inizio della sua prolusione al corso ufficiale di "Istituzioni di diritto pubblico" della Facoltà di Economia e Commercio della Università di Roma, tenuta il giorno 28 febbraio 1962, Giuseppe Guarino, con riferimento all'insegnamento del suo maestro Alfonso Tesoro, ricordava "il suo costante richiamo

scientifici da lui pubblicati negli ultimi cinquant'anni, con riferimento ai più importanti problemi del diritto pubblico italiano<sup>3</sup>.

In questo mio scritto, riguardante alcune delle questioni discusse con riferimento al tema degli enti pubblici e privati, non penso naturalmente di esaminare in modo approfondito un argomento tanto complesso qual è quello delle persone giuridiche, al quale in ogni tempo la dottrina giuridica ha dedicato importanti contributi<sup>4</sup>: mi pro-

---

al valore insostituibile dei testi di legge, dei quali mi ha insegnato a leggere, con vivido ingegno, i più reconditi significati racchiusi nelle parole, e sinanche nelle pause<sup>5</sup>: G. GUARINO, *Tecnici e politici nello Stato contemporaneo* (Prolesione al corso ufficiale di Istituzioni di diritto pubblico della Facoltà di Economia e commercio della Università di Roma, tenuta il 28 febbraio 1962), in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962, 3-29.

<sup>3</sup> Tra gli scritti di Giuseppe Guarino contenenti spunti e valutazioni riguardanti, in modo più o meno diretto, il tema degli enti, ricordo in particolare i seguenti lavori: *Osservazioni sulla potestà regolamentare*, in *Rass. dir. pubbl.*, 3 (1948), 81; *Potere giuridico e diritto soggettivo*, *ivi*, 4 (1949), I, 238; *Oggetto, funzioni e metodo della teoria generale del diritto*, *ivi*, 8 (1953), 1; *Stato ed energia nucleare*, in *Riv. delle società*, 4 (1959), 19 e in G. GUARINO, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962, IV, (pp. 376), 325-69; *Sulla disciplina giuridica degli oleodotti*, in *Riv., intern. scienze ec. e comm.*, 7 (1960), 128-50 e in G. GUARINO, *Scritti di diritto pubblico*, *cit.*, 295-324; *L'intervento dello Stato italiano in materia di idrocarburi*, in *Rass. dir. pubbl.*, 16 (1961), 200-17 e in G. GUARINO, *Scritti di diritto pubblico*, *cit.*, 275-93; *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni, enti regionali*, *ivi*, 8-123; *Partecipazione dello Stato al capitale di enti pubblici e controllo della Corte dei conti*, *ivi*, 189-217; *Unità ed autonomia del diritto dell'energia*, *ivi*, 221-49; *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1967 (rist. 1969); *Pubblico e privato nell'organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in *Scritti degli allievi offerti ad Afonso Tesauro nel quarantesimo anno del suo insegnamento*, I, Milano, Giuffrè, 1-87; *Scritti di diritto pubblico dell'economia (seconda serie)*, Milano, Giuffrè, 1970; *Qualche riflessione sul diritto pubblico amministrativo e sui compiti dei giuristi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 20 (1970), 955-1000; *Intervento*, in AA.VV., *Il governo democratico dell'economia*, Milano, Giuffrè, 326-35; *L'organizzazione pubblica*, I, Milano, Giuffrè, 1977; *Atti e poteri amministrativi*, in G. GUARINO, *Dizionario amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1983, 101-355; *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, Giuffrè, 1985, VIII, pp. 159; *Europa 1992: le libertà e le regole*, Bologna, il Mulino, 1988, pp. 170; *L'Atto Unico Europeo e la dinamica del processo di integrazione comunitaria*, in G. GUARINO (ed.), *Europa 1992: le libertà e le regole*, 7-97; *Le fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in P. RESCIGNO (ed.), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, Cedam, 1989, 1-20; *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 12 (1992), n. 1, 21-64.

<sup>4</sup> Per l'individuazione di alcuni tra i più importanti argomenti esaminati recentemente

pongo soltanto di considerare alcune linee di tendenza con riferimento alle quali nei prossimi anni gli studiosi del diritto pubblico e privato dovranno impegnarsi, nel tentativo di interpretare e razionalizzare le molte ed importanti novità determinate dagli interventi legislativi: ed è auspicabile che a questo risultato di razionalizzazione della realtà normativa continui ad offrire il suo valido contributo uno studioso dell'ingegno e della personalità di Giuseppe Guarino.

Tra i temi ai quali è opportuno prestare attenzione, verranno sinteticamente considerati in particolare i seguenti: le ragioni che giustificano una proposta di riforma della disciplina del primo libro del codice civile in materia di persone giuridiche; l'importanza che nella valutazione giuridica del fenomeno associativo assume il tema del riconoscimento degli enti; l'istituto dell'autorizzazione agli acquisti degli enti e le ragioni che consigliano un intervento legislativo volto ad abrogare tale istituto, che risale ad un'antica legge del 1850 (legge Siccardi) che si proponeva fini ben diversi rispetto a quelli che caratterizzano le più recenti tendenze del legislatore in materia di soggetti collettivi di diritto; l'attuale validità della distinzione tra associazioni e fondazioni ed il tema, sempre affascinante, della soggettività giuridica e della distinzione tra soggetto persona giuridica e soggetto non dotato di personalità giuridica; i nuovi orientamenti legislativi in tema di privatizzazione degli enti pubblici ed il rinnovato interesse per una categoria che anche in passato aveva assunto grande

---

in tema di enti pubblici e privati, oltre alle recenti monografie di D. VINCENZI AMATO, *Associazioni e tutela dei singoli. Una ricerca comparata*, Napoli, Jovene, 1984; P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, Giuffrè, 1987; F. GALGANO, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, Cedam, 1987; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1989; M. EROIU, *Le associazioni non riconosciute*, Napoli, Jovene, 1990; A. FUSARO, *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, Cedam, 1991; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, il Mulino, 1991; G. GEMMA, *Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione*, Milano, Giuffrè, 1993, cfr. in particolare, con riferimento al periodo più recente, U. DE SIERVO, *Associazione (libertà di)*, in *Dig. IV, Disc., pubbl.*, I, Torino, Utet, 1987, 484-500; V. PARDOLESI, *Associazionismo, ivi, Disc. priv.*, I, Torino, Utet, 1987, 498-501; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, Ist. dell'Enc. It., 1988; D. VINCENZI AMATO, *Associazione. Diritto*, in *Enc. scienze soc.*, I, Roma, Ist. dell'Enc. It., 1991, 394-401. Per una indagine sull'espansione dell'associazionismo, V. MORTARA (ed.), *Le associazioni italiane*, Milano, F. Angeli, 1985, nonché IREF (ed.), *Rapporto sull'associazionismo sociale*, editi rispettivamente nel 1985 e nel 1986.

rilievo, quella degli enti privati di interesse nazionale (o pubblico); il rilievo sempre maggiore che, nella legislazione, nella dottrina e nella giurisprudenza, assumono i soggetti rappresentanti di interessi superindividuali, la partecipazione di tali soggetti al procedimento amministrativo e la loro legittimazione a ricorrere nel processo; le organizzazioni di volontariato, a proposito delle quali il legislatore ha approvato nuove regole che inducono a valutare sotto nuove prospettive problemi antichi, come, per esempio, quello della dissociazione tra personalità giuridica e capacità giuridica.

## 2. *Le ragioni che giustificano una proposta di riforma della disciplina del primo libro del codice civile in materia di persone giuridiche*

Un aspetto che merita di essere innanzi tutto considerato è quello che riguarda le ragioni che possono giustificare, nel momento attuale, una proposta di riforma del sistema previsto, per la disciplina delle persone giuridiche, dal primo libro del codice civile del 1942.

La realtà sociale è oggi nettamente diversa rispetto a quella tenuta presente dal legislatore del 1942. I principi e i valori che hanno costituito il fondamento della disciplina codicistica degli anni '40 erano coerenti con le attese, le aspettative e gli orientamenti emergenti in un periodo nel quale lo Stato tendeva al controllo di tutti gli aspetti della vita sociale e, in particolare, riteneva necessario controllare ogni singolo momento della vita delle persone (individui e collettività).

E noto l'atteggiamento di ostilità che caratterizzava le posizioni assunte dal legislatore dell'Italia liberale nei confronti di quelli che allora si definivano i "corpi morali", che si riteneva rappresentassero un ostacolo per la libera vita di relazione dei cittadini, in un sistema nel quale il cittadino era considerato come il protagonista della vita sociale e giuridica: sappiamo tutti naturalmente come in quel sistema assumessero un valore prevalente i valori della libertà dell'individuo e della sua proprietà<sup>5</sup>. È sufficiente ricordare l'importanza che allora assumeva l'istituto dell'autorizzazione agli acquisti degli enti, di-

---

<sup>5</sup> Per una efficace descrizione della preminenza che tali valori assumevano nel sistema del codice civile del 1865, cfr. R. NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, 240-50.

sciplinato dalla legge n. 1037 del 1850, la famosa legge Siccardi, la cui finalità era proprio quella di prevedere un controllo nei confronti degli acquisti immobiliari di tutte le persone giuridiche, ecclesiastiche e laicali. Anche l'art. 17 del codice civile prevede l'istituto dell'autorizzazione agli acquisti delle persone giuridiche, ma il legislatore fascista è soprattutto orientato nel senso di garantire, anziché le libertà dell'individuo, l'interesse dello Stato ad un rigoroso controllo su tutte le attività degli individui e degli enti.

Uno dei motivi ispiratori di una proposta favorevole ad una riforma delle norme contenute nel primo libro del codice civile in tema di persone giuridiche è quello consistente nel perseguire una maggiore certezza di riferimenti normativi: non è questo un obiettivo di scarsa importanza se si considera il disordine legislativo provocato dalla entrata in vigore delle molte leggi speciali emanate nei decenni dopo l'approvazione del codice civile del 1942. In proposito, per limitarsi soltanto ad un esempio, particolarmente significativo, di una legge recentemente entrata in vigore, è opportuno ricordare l'importante legge sul volontariato (legge 11 agosto 1991, n. 266).

Un'altra esigenza che si pone con urgenza è quella che si può definire come l'esigenza di armonizzazione costituzionale, che rende ormai indilazionabile il riconoscimento, per la disciplina delle persone giuridiche, dei valori di pluralismo, di autonomia, di solidarietà e di decentramento che sono alla base della Carta costituzionale del 1948. Un punto al quale mi sembra importante accennare è quello, collegato all'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione, che si riferisce al riconoscimento e alla garanzia dei diritti (inviolabili) dell'uomo nei confronti dei poteri esercitati dalla formazione sociale. Tale esigenza assunse notevole importanza quando nel 1975, con l'approvazione della legge di riforma del diritto di famiglia, si stabilì la possibilità per il giudice di intervenire in caso di disaccordo tra i coniugi (mi riferisco agli artt. 145 e 316 del codice civile). Ma la questione dei limiti posti all'esercizio dei poteri delle autorità private si presenta di rilevanza generale ed assume tuttora grande rilievo<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. in generale su tale problema il volume di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, Jovene, 1977.

### 3. *Il riconoscimento degli enti*

Per quanto in particolare si riferisce alla disciplina delle persone giuridiche contenute nel primo libro del codice civile, due sono gli istituti che esprimono, più degli altri, l'intento del legislatore di controllare la vita delle organizzazioni private, e cioè quelli del riconoscimento degli enti e dell'autorizzazione agli acquisti.

Il tema del "riconoscimento delle persone giuridiche" (art. 12 cod. civ.) è un problema di grande importanza sul quale il discorso dovrebbe essere certamente più lungo di quello reso possibile in questa sede: mi limito a ricordare che, come è noto, il riconoscimento delle persone giuridiche rappresenta una delle tecniche alle quali, con maggiore frequenza, ricorrono gli ordinamenti moderni per rendere giuridicamente attive le entità immateriali ed i soggetti ai quali viene conferita autonomia.

Tale risultato si consegue mediante un procedimento amministrativo che, a distanza di tanti anni dal 1942, assume un significato assai diverso rispetto a quanto era previsto quando fu scritto l'art. 12 del codice civile. Francesco Galgano, con studi particolarmente significativi<sup>7</sup>, e tutti gli altri autori che in questi anni hanno studiato il problema del riconoscimento delle persone giuridiche, con specifico riferimento ai gruppi a carattere associativo<sup>8</sup>, hanno chiarito le ragioni per le quali non può più ammettersi la concezione del riconoscimento a carattere "costitutivo", in quanto la Costituzione del 1948 riconosce la realtà associativa a prescindere dal riconoscimento dei gruppi in persone giuridiche.

La Carta costituzionale prevede tra i diritti dei cittadini quello di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale (art. 18). Le disposizioni costituzionali in tema di associazionismo hanno determinato un completo superamento della logica nella quale credevano i giuristi del passato

---

<sup>7</sup> Cfr., tra i numerosi lavori dedicati da questo autore al tema delle persone giuridiche, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1976; *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, Cedam, 1987.

<sup>8</sup> Sui rapporti tra poteri pubblici ed enti associativi, cfr. G. ROSSI, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto tra gruppi sociali e pubblico potere*, Napoli, Jovene, 1979.

che, sul fondamento di una diversa concezione legislativa del diritto di associazione<sup>9</sup>, ritenevano che

i corpi sociali che non sono divenuti persone giuridiche [...] non esistono per lo Stato, ossia i loro ordinamenti sono irrilevanti per quello statale. Relativamente ai corpi sociali non è possibile altra alternativa: o riconosciuti, cioè trasformati in persone giuridiche, o ignorati dallo Stato<sup>10</sup>.

Come giustamente osservava, all'inizio degli anni '50, Domenico Rubino nella prima pagina del suo volume dedicato a *Le associazioni non riconosciute*<sup>11</sup>, l'espressione associazioni non riconosciute deve ritenersi impropria, giacché occorrerebbe più esattamente parlare di soggetti non dotati di personalità giuridica, essendo inesatto definire come soggetti "non riconosciuti" le associazioni non riconosciute e i comitati.

Una nuova disciplina degli enti del primo libro del codice civile dovrebbe prevedere un sistema di riconoscimento di tipo normativo, al pari di quello previsto per le società: mediante l'adozione di tale nuovo sistema, ammesso che si voglia continuare ad attribuire rilevanza giuridica alla distinzione tra soggetti di diritto personificati e non personificati (v. *infra*, § 5), si otterrebbe il risultato che l'acquisto della personalità, attraverso l'omologazione e l'iscrizione, sarebbe esclusivamente legato all'adempimento delle formalità previste dalla legge.

Prevedere questa nuova forma di riconoscimento significa eliminare la discrezionalità dell'organo amministrativo preposto all'emanazione dell'atto concessorio e dunque rispettare in maggiore misura le libertà dei privati.

La riforma qui ipotizzata è stata prevista di recente dal legislatore. L'art. 2, n. 7 della legge 22 dicembre 1993, n. 537, che reca gli *Interventi correttivi di finanza pubblica*, prevede infatti la semplificazione di ben 123 procedimenti amministrativi attribuendo al governo

---

<sup>9</sup> L'art. 32 dello Statuto Albertino tace sul diritto di associazione che, secondo V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1905, 204, è puramente consuetudinario.

<sup>10</sup> W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), Milano, Giuffrè, 1963, 61.

<sup>11</sup> D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 1.

il potere di emanare, ai sensi dell'art. 17, 2° comma della legge 23 agosto 1988, n. 400, norme di regolamentazione dei procedimenti amministrativi previsti dalle disposizioni o leggi di cui all'allegato elenco n. 4: il secondo dei procedimenti contemplati in tale elenco è quello di "riconoscimento di persone giuridiche private (art. 12 del codice civile)". Come ha precisato il ministro della Funzione pubblica Sabino Cassese, a seguito di tale riforma:

Le associazioni private senza scopo di lucro, per ottenere la personalità giuridica, non dovranno più attendere il riconoscimento dell'autorità amministrativa: basterà la semplice iscrizione in un registro, previa omologazione dell'autorità giudiziaria<sup>12</sup>.

#### 4. *L'istituto dell'autorizzazione agli acquisti degli enti*

Con riferimento all'istituto della "autorizzazione agli acquisti degli enti", l'opinione prevalente in dottrina ritiene che questo istituto debba ormai ritenersi superato e che sia dunque giustificato un intervento legislativo volto a prendere atto di tale superamento nella nuova realtà normativa, che esprime un diverso modo di concepire i rapporti tra i poteri pubblici e le varie forme di aggregazioni collettive che emergono nella società<sup>13</sup>.

L'istituto dell'autorizzazione agli acquisti è stato spesso utilizzato dall'amministrazione per perseguire finalità diverse rispetto a quelle previste nella legislazione originaria, giacché con il passare del tempo all'obiettivo di controllare gli acquisti immobiliari degli enti per finalità prevalentemente economiche (evitare la "manomorta") si è andato gradualmente sostituendo quello di controllare la vita interna

---

<sup>12</sup> S. CASSESE, "La carta dei servizi val più di una frusta", in *La Stampa*, 128 (1994), n. 22, 23 gennaio, p. 27.

<sup>13</sup> Va però sottolineato che è mancata ogni iniziativa legislativa in tal senso. Nella terza legislatura fu presentato un disegno di legge di iniziativa governativa (Atti della Camera, n. 2495) inteso soltanto a semplificare la procedura per l'esame dell'atto di autorizzazione agli acquisti. Su tale disegno di legge cfr. R. BOLAFFI, *Riconoscimento delle persone giuridiche e autorizzazione per gli acquisti degli enti morali*, in *Rass. parl.*, 1961, n. 10, 1229.

del gruppo sociale durante l'esercizio della sua attività<sup>14</sup>. È vero che la Corte costituzionale, con le tre sentenze nn. 62 del 1973, 140 del 1977 e 512 del 1988, ha affermato la legittimità costituzionale delle norme che prevedono l'istituto dell'autorizzazione agli acquisti, ma occorre anche trarre le conseguenze dalle recenti novità legislative, come quella che a proposito delle associazioni di volontariato non riconosciute come persone giuridiche ha ritenuto di non prevedere l'esigenza dell'autorizzazione agli acquisti<sup>15</sup>. Con la conseguenza che assume rilievo il dubbio sull'ammissibilità di un sistema che, nei confronti delle organizzazioni di volontariato, attualmente prevede la necessità dell'autorizzazione per le sole associazioni di volontariato "riconosciute"<sup>16</sup>.

Con un parere del Consiglio di Stato (sez. 1, 18 dicembre 1991, n. 2980), del quale molto si è parlato in un recente convegno all'Università cattolica di Milano<sup>17</sup>, è stata affermata la necessità che l'autorizzazione agli acquisti debba sussistere anche per le organizzazioni di volontariato non riconosciute, dovendosi ritenere privo di

---

<sup>14</sup> Sul fondamento politico giuridico dell'autorizzazione agli acquisti, U. FORTI, *Gli acquisti dei corpi morali e l'autorizzazione governativa*, in U.F., *Studi di diritto pubblico*, II, Roma, Il Foro italiano, 1937, 45; G. CAPRIOTTI, *L'autorizzazione agli acquisti per le persone giuridiche*, Firenze, Nocchioli, 1952; M. CONDORELLI, *Disposizioni modali dirette alla fondazione degli enti e controllo sugli acquisti delle persone giuridiche*, in *Dir. eccl.*, 71 (1961), I, 349; S. LARICCIA, *Osservazioni in tema di autorizzazione agli acquisti degli enti ecclesiastici*, in *Giur. it.*, 117 (1964), II, 101. Con particolare riferimento agli enti non riconosciuti, Id., *Osservazioni in tema di disposizioni fiduciarie a favore di enti ecclesiastici non riconosciuti*, in *Foro it.*, 90 (1965), I, 654-60; M. TEDESCHI, *Nuove prospettive in tema di acquisti per interposta persona a favore di enti ecclesiastici non riconosciuti*, in *Arch. giur.*, 182 (1972), 23; G. MARICONDA, *L'acquisto immobiliare da parte delle associazioni non riconosciute*, in *Riv. dir. civ.*, 33 (1987), II, 13.

<sup>15</sup> Ed infatti, ai sensi dell'art. 5, n. 2 legge n. 266 del 1991, «le organizzazioni di volontariato, prive di personalità giuridica, iscritte nei registri di cui all'art. 6, possono acquistare beni mobili registrati e beni immobili occorrenti per lo svolgimento della propria attività»: cfr. sul punto V. PANUCCIO, *Volontariato*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, 1081-102, spec. 1090.

<sup>16</sup> Sui controlli amministrativi riguardanti gli enti privati, cfr. S. CAPOZZI, *I controlli amministrativi sulle persone giuridiche private*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

<sup>17</sup> Cfr. G. FELICIANI (ed.), *L'autorizzazione agli acquisti degli enti ecclesiastici e degli altri enti senza fini di lucro. Problemi e prospettive*, Milano, Vita e Pensiero, 1993.

giustificazione un sistema che non preveda questo istituto, che invece è previsto nei confronti delle organizzazioni di volontariato dotate di personalità giuridica<sup>18</sup>.

Personalmente ritengo preferibile la soluzione favorevole alla abrogazione dell'istituto dell'autorizzazione agli acquisti nei confronti di tutti gli enti per i quali esso è ancora previsto. Condivido dunque le ragioni che inducono a proporre, in una eventuale riforma della disciplina codicistica riguardante le persone giuridiche, la eliminazione di tale istituto nei confronti di tutte le persone giuridiche.

Anche con riferimento a tale argomento è da ricordare che l'art. 2, n. 7 della legge 22 dicembre 1993, n. 537, contenente gli *Interventi correttivi di finanza pubblica*, attribuisce al governo il potere di emanare, ai sensi dell'art. 17, 2° comma della legge 23 agosto 1988, n. 400, norme di regolamentazione dei procedimenti amministrativi previsti dalle disposizioni o leggi di cui all'allegato elenco n. 4: il quarto e il quinto dei procedimenti contemplati in tale elenco è quello di autorizzazione all'acquisto di beni immobili di persone giuridiche private (art. 17 del codice civile) e di autorizzazione all'accettazione di donazioni ed eredità e al conseguimento di legati di persone giuridiche private (art. 17 del codice civile)".

##### 5. *Le tradizionali distinzioni contemplate nel codice civile tra associazioni e fondazioni e tra i soggetti personificati e quelli non personificati*

Le tre grandi partizioni che sono alla base della disciplina del primo libro del codice civile sono: la distinzione fra associazioni e fondazioni; la distinzione fra soggetto dotato di personalità giuridica e soggetto non dotato di personalità giuridica; la distinzione, appena adombrata nell'art. 11 c.c., fra persone giuridiche private e persone giuridiche pubbliche.

Personalmente ho molti dubbi sull'opportunità di ribadire, in una eventuale riforma legislativa, le due distinzioni fra associazione e

---

<sup>18</sup> Con riferimento ai problemi esaminati in questo parere, cfr. P. RESCIGNO, *Autonomia privata e legge nella disciplina del volontariato*, in *Giur. it.*, 143 (1993), n. 1, IV, 1-6.

fondazione e fra soggetto-persona giuridica e soggetto non dotato della personalità giuridica.

Per quanto riguarda la distinzione tra associazioni e fondazioni mi limito a ricordare che non mi sembra convincente l'argomento secondo il quale la ragione fondamentale che può giustificare una distinzione tra associazioni e fondazioni starebbe nel dato secondo il quale le fondazioni, più delle associazioni, sarebbero capaci di esprimere la tutela di interessi "generali". In proposito è necessario infatti ricordare che appare sempre più evidente nella realtà contemporanea l'importanza delle associazioni con interessi generali: è sufficiente pensare ai partiti e ai sindacati, tipiche associazioni di diritto privato con interessi generali. Se dunque la ragione fondamentale che giustifica la conservazione di una distinzione forse più legata al passato che alla realtà del presente è quella di tener conto che le fondazioni sono maggiormente idonee a tutelare interessi generali, mi sembra che si tratti di una giustificazione non sufficiente<sup>19</sup>.

Perplessità ritengo di dovere anche esprimere con riferimento all'opportunità di conservare inalterata, nell'ipotesi di una riforma del sistema contemplato nel codice civile per le persone giuridiche, la distinzione fra soggetto-persona e soggetto non dotato di personalità giuridica.

In un'eventuale riforma dovrebbe comunque apparire ben chiaro che l'iscrizione di un soggetto in un registro, a seguito della quale si otterrebbe il riconoscimento nel nuovo sistema del riconoscimento normativo (v. retro, § 3), non deve determinare conseguenze tali da

---

<sup>19</sup> Sulla distinzione tra associazioni e fondazioni, valutata in una prospettiva di possibile riforma dei due istituti, D. VITTORIA, *Gli enti del primo libro del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in P. RESCIGNO (ed.), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, Cedam, 1989, 21-192, spec. 57 ss.; M. COLACITO, *Fondazioni e Associazioni: istituti da tenere insieme o da separare?*, in *queste istituzioni*, 19 (1991), n. 87-88, 195-8. Una bibliografia in materia di fondazioni è riportata nel volume a cura di P. RESCIGNO, *Le fondazioni in Italia*, cit., 529-57. Ivi è anche riportato un elenco delle principali fondazioni. A proposito delle fondazioni, G. GUARINO, *Le fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in P. RESCIGNO (ed.), *Le fondazioni*, cit., 1-20, chiudeva l'articolo che inizia il libro osservando che «concepita la fondazione come istituto adatto ad una pluralità di impieghi, un soggetto di diritto comune ... viene meno la premessa per impostare problematiche agevolative che riguardino la fondazione come tale e che mirino pertanto ad individuare serie di norme da applicare indistintamente a tutte le fondazioni»: *ivi*, 20.

incidere sull'eguaglianza dei gruppi sociali: anche il soggetto non dotato della personalità giuridica può considerarsi, per adottare un'espressione entrata nell'uso comune degli studiosi di diritto pubblico e privato, una figura giuridica soggettiva: centro «di imputazione autonoma di tutta una serie di effetti giuridici che conseguono, da un lato, alla attribuzione di diritti e di doveri da parte dell'ordinamento giuridico e, dall'altro, all'esercizio di tali diritti in funzione strumentale al perseguimento dello scopo»<sup>20</sup>.

Nella recente legislazione è evidente la tendenza ad accogliere un criterio di soggettività giuridica che prescinde dalla ricorrenza di un formale riconoscimento in persona giuridica: l'art. 9 della legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990, che rappresenta una delle più significative novità della legislazione più recente, prevede per esempio che

qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento.

L'ampia formula prevista dal legislatore per disciplinare il problema della tutela degli interessi superindividuali consente di ritenere che è «inconferente, ai fini ermeneutici dell'art. 9 della legge n. 241/1990» la distinzione tra associazioni riconosciute e non riconosciute perché tale norma comprende entrambe le tipologie<sup>21</sup>.

Il collegamento con la formula organizzativa dell'associazione o del comitato è comunque soltanto stabilita per la rappresentanza degli interessi diffusi, perché nella medesima norma tale collegamento non è invece previsto per i “soggetti” portatori di interessi pubblici o privati. A tutti questi soggetti è consentito prendere visione degli atti del procedimento e presentare memorie scritte e documenti, che

---

<sup>20</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, IV ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, 140.

<sup>21</sup> Cfr. in tal senso, tra gli altri, A. ZUCCHETTI, *La partecipazione del cittadino nelle autonomie locali*, Milano, Giuffrè, 1992, 294, il quale ritiene che sia anche irrilevante la distinzione tra associazioni facoltative, obbligatorie e coattive ovvero tra associazioni perpetue e temporanee, oppure tra associazioni nazionali o locali.

l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento (art. 10 legge cit.).

Altra prova significativa della tendenza legislativa a superare la tradizionale concezione della necessaria sussistenza della personalità giuridica per l'attribuzione di diritti e di doveri ai soggetti collettivi è quella deducibile dalle disposizioni legislative recentemente approvate in materia di volontariato, nelle quali è stabilito che

le organizzazioni di volontariato possono assumere la forma giuridica che ritengono più adeguata al perseguimento dei loro fini, salvo il limite di compatibilità con lo scopo solidaristico (art. 2, legge n. 266 del 1991).

L'esigenza di valutare con particolare cautela il problema della distinzione tra soggetti dotati o meno di determinati requisiti formali mi sembra che meriti speciale attenzione, come conferma l'esperienza degli studiosi delle autonomie confessionali, i quali hanno dovuto valutare con preoccupazione le conseguenze negative derivanti, per le c.d. confessioni "senza intesa", dalla mancanza di un'intesa con lo Stato, da stipularsi ai sensi dell'art. 8, 3° comma della Costituzione: queste confessioni si sono trovate in grande difficoltà in questi anni, e cioè dopo l'avvio della politica delle intese che nel 1984 ha avuto inizio con la stipulazione della prima intesa con le Chiese rappresentate dalla Tavola valdese (intesa del 21 febbraio 1984, approvata con legge 11 agosto 1984, n. 449), in quanto nei loro confronti sono state operate dalla pubblica amministrazione discriminazioni di ogni sorta: è questo un problema di particolare rilievo se si considera soprattutto l'importanza che assume la questione delle sovvenzioni economiche dalle quali deriva in molti casi la capacità del gruppo sociale di svolgere le proprie attività e di diffondersi nella società.

Le confessioni che hanno stipulato intese con lo Stato italiano non hanno diritto ad un trattamento differenziato (e privilegiato) sotto il profilo delle garanzie di libertà, in quanto l'art. 8, 1° comma della Costituzione prevede che tutte le confessioni religiose, e quindi non soltanto quelle che abbiano stipulato un'intesa, sono "egualmente libere" davanti alla legge. Eppure l'amministrazione, e non soltanto quella statale ma anche quella regionale, ha ritenuto di poter trarre molte pesanti conseguenze dalla mancata stipulazione di un'intesa con lo Stato.

È soltanto un esempio, ma è un esempio a mio avviso significativo per comprendere come molto spesso l'attribuzione di una qualifica differenziata nei confronti di più soggetti si ritiene possa giustificare la concessione di privilegi, immunità e garanzie. In proposito è necessario tenere presente che ogni differenziazione deve trovare un limite nella "ragionevolezza" delle decisioni assunte, per richiamare un'esigenza costantemente sottolineata nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Può comprendersi per esempio che, a seguito di un'iscrizione in un registro, il soggetto iscritto sia sottoposto ad un trattamento giuridico differenziato rispetto a quello riservato ai soggetti non iscritti, ma occorre che ogni differenziazione trovi un suo fondamento nella ragionevolezza delle differenti discipline.

Sarebbe dunque da evitare un'eventuale riforma delle norme del primo libro del codice civile che rimanesse ancorata alla mistica della personalità e non tenesse conto delle tendenze legislative, dottrinali<sup>22</sup> e giurisprudenziali<sup>23</sup> favorevoli a garantire, in modo sempre più pieno, le situazioni giuridiche soggettive di gruppi associativi privi di personalità e che tuttavia hanno una propria soggettività distinta, a seconda dei casi, da quella dei membri o dal fondatore o dei promotori.

## 6. *La distinzione tra enti pubblici e privati*

A proposito della distinzione fra la persona giuridica pubblica e quella privata, sarebbe importante che il legislatore prendesse atto di quello che è ormai un dato acquisito nella valutazione dottrinale e giurisprudenziale, che cioè l'ente pubblico è un "nome vano senza soggetto"<sup>24</sup>,

---

<sup>22</sup> Per una convincente valutazione critica della tendenza legislativa ad istituzionalizzare il più possibile, sul modello dell'art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del Ministero dell'ambiente, la struttura di imputazione di interessi diffusi cfr. M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 112 (1987), V, 7.

<sup>23</sup> Grande rilievo fu giustamente attribuito, nel 1979, all'esplicita affermazione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato che la titolarità di un interesse legittimo connesso con interessi c.d. diffusi potesse essere ammesso anche nei confronti di associazioni non personificate: cfr. Cons. Stato, 19 ottobre 1979, n. 24, in *Foro it.*, 105 (1980), V, 1, con nota di A. ROMANO, che sottolinea l'importanza di tale principio.

<sup>24</sup> Questa felice espressione, a più di trent'anni da quando fu usata, è ancora idonea

come si precisa in molti contributi dedicati a questo problema, e che è sempre più avvertita l'esigenza di guardare alla realtà degli enti pubblici ponendo in rilievo soprattutto le differenziazioni fra i vari enti<sup>25</sup>.

Dimostratisi inidonei molti dei criteri proposti per differenziare tra loro gli enti pubblici e gli enti privati, taluni autori hanno posto in dubbio la stessa validità del concetto di ente pubblico nel diritto positivo italiano ed hanno rilevato l'opportunità di procedere per via di analisi nell'esame dei singoli enti, ritenendo ormai superate le concezioni sulle quali la differenziazione in questione era precedentemente fondata.

Secondo una concezione per lungo tempo sostenuta a proposito degli enti pubblici diversi dallo Stato, possono meritare tale qualifica solo le persone giuridiche le quali si trovino rispetto allo Stato in una relazione di particolare collegamento. Dato che gli enti collettivi vengono entificati dal diritto in considerazione degli obiettivi che si

---

ad esprimere la realtà degli enti pubblici: cfr. C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, Utet, 1962, p. 156.

<sup>25</sup> Nella dottrina italiana i principali lavori monografici in tema di enti pubblici sono quelli di V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, Cedam, 1959; M. SOPRANO, *Per uno studio sugli enti pubblici*, Napoli, Jovene, 1967; S. D'ALBERGO, *Sistema positivo degli enti pubblici nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, Giuffrè, 1969; D. SERRANI, *I poteri per enti. Enti pubblici e sistema politico in Italia*, Catania, 1978; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit. Ma la bibliografia in tema di enti pubblici è sconfinata e per essa si rinvia agli scritti citati in quest'ultima monografia. Adde, di recente, A. BARDUSCO, *Ente pubblico*, in *Dig. IV, Disc., pubbl.*, VI, Torino, Utet., 1991, 64-85; ID., *Fondazione di diritto pubblico*, *ivi*, 389-96; G. ROSSI, *Ente pubblico*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, Ist. Enc. It., 1989; L. GALATERIA, M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Torino, Utet, 1993, 115; A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *AA.VV.*, *Diritto amministrativo*, I, Bologna, Monduzzi, 249 ss. Di grande interesse, per una valutazione del problema all'inizio degli anni 70, il volume contenente la ricerca del CIRIEC su *Gli enti pubblici italiani*, con introduzione di V. MORTARA, Milano, F. Angeli, 1972. Per una individuazione delle persone giuridiche pubbliche dopo la legge 20 marzo 1975, n. 70 (legge sul parastato), cfr. V. CERULLI IRELLI, *Problemi dell'individuazione delle persone giuridiche pubbliche (dopo la legge sul "parastato")*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 27 (1977), 626-77. Con particolare riferimento alla questione della natura giuridica delle IPAB, soprattutto dopo l'importante sentenza della Corte cost. n. 396 del 1988 (in *Giur. cost.*, 33, (1988), 1744, con nota di U. DE SIERVO, *La tormentata vicenda delle IPAB*), R. FERRARA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso Ipad: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di destinazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 40 (1990), 455.

propongono, è da ritenere che proprio da questi obiettivi, a seconda che si presentino più o meno connessi con quelli dello Stato, tale collegamento sarà determinato. Per trarre conclusioni in ordine a tale problema occorre dunque considerare il diritto positivo e valutare se sussista un trattamento differenziato rispetto a quello proprio della generalità degli altri soggetti e cioè da quello dei soggetti privati.

Tra gli effetti primari derivanti dalla qualifica di ente pubblico si possono ricordare i seguenti: gli atti posti in essere da tali enti sono atti amministrativi e non possono essere annullati dal giudice ordinario, che può dichiararli solo illegittimi (art. 4, legge n. 2248 del 1865); gli atti stessi possono essere impugnati per vizi di legittimità davanti agli organi della giustizia amministrativa; le persone che esprimono la volontà dell'ente sono pubblici ufficiali.

La dottrina meno recente definiva alcuni indici come rivelatori dell'esistenza di un ente pubblico. Tra gli altri venivano considerati i seguenti: gli scopi perseguiti (la c.d. teoria finalistica riteneva che, poiché lo Stato è un ente pubblico, potevano considerarsi pubblici quegli enti che perseguivano fini propri anche dello Stato); la presenza di poteri di imperio; il godimento di sovvenzioni statali<sup>26</sup>; la considerazione dell'ente pubblico come strumentale allo Stato induceva a ravvisare l'esistenza di un ente svolgente un'attività al servizio dello Stato.

Negli anni più recenti si è sviluppata la tendenza a valorizzare interessi non solo di gruppi con interessi generali, come lo Stato e le regioni, ma anche di gruppi con interessi settoriali e di categoria e a riconoscere come centri di potere pubblico anche formazioni sociali.

Si è venuto così affermato il c.d. *pluralismo amministrativo*<sup>27</sup>: esiste cioè una pluralità di centri di potere amministrativo con propria soggettività ed un proprio regime giuridico che non coincide con

---

<sup>26</sup> Sulle sovvenzioni statali agli enti associativi e fondatizi, P. RESCIGNO, *Contributi e sovvenzioni statali e parità di trattamento dei destinatari*, in P. R., *Persona e Comunità*, I, Padova, Cedam, 1987, 447; F. RIGANO, *Le sovvenzioni statali all'associazionismo*, in *queste istituzioni*, 19 (1991), n. 85-86, 137-56 (ivi ulteriore bibliografia).

<sup>27</sup> Per indicazioni sul fenomeno del pluralismo amministrativo, che riguarda lo Stato ma si ripresenta in modo corrispondente anche per le regioni e gli altri enti territoriali, cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, Jovene, 1989, 186. V. di recente, anche per riferimenti bibliografici, C. BARBATI, *Inerzia e pluralismo amministrativo. Caratteri, sanzioni, rimedi*, Milano, Giuffrè, 1992.

quello degli enti di diritto comune. Tre sono gli aspetti da considerare a proposito di tale concetto:

il *decentramento autarchico*, che indica il perseguimento di fini propri dello Stato attraverso enti distinti ma strumentali, legati da vincoli di soggezione nei confronti dello Stato (come esempio si possono ricordare gli enti di gestione di partecipazione statale in imprese private);

il *policentrismo autarchico*, che si riferisce ad ipotesi di enti ausiliari che perseguono fini non direttamente propri dello Stato ma ricollegabili ad un'azione che lo Stato ritiene meritevole di considerazione (un esempio che si faceva a proposito di tale concetto prima della sua recente trasformazione in s.p.a. era quello dell'Enel);

il *pluralismo autonomistico*, con la quale formula ci si riferisce al riconoscimento, come centri di potere amministrativo, di enti esponenziali di comunità territoriali o di altri gruppi esprimenti specifici interessi settoriali. Da tale riconoscimento deriva l'attribuzione agli enti in questione (enti territoriali, C.O.N.I., ordini professionali) del potere di conseguire autonomamente (anche se l'ordinamento prevede ipotesi di controllo da parte dello Stato) scopi generali o legislativamente specificati con riferimento all'interesse della comunità o del gruppo.

Nell'organizzazione amministrativa lo stato conserva una posizione di preminenza, essendogli attribuita una potestà di vigilanza e di intervento a difesa dell'unitarietà dell'apparato dei pubblici poteri volti alla soddisfazione degli interessi della intera comunità nazionale.

A proposito dello Stato è tuttavia da tenere presente che esso

non costituisce più il centro, esclusivo e assoluto, degli ordinamenti generali statali; che per gli aspetti interni non è più strumento della borghesia di dominio, ma serve a tutte le classi (Stato pluriclasse) – tenuto conto peraltro che le stesse classi si stanno profondamente modificando e in taluni Paesi sono ormai assai poco individuabili –; che per gli aspetti extrastatali tutti gli Stati sono subordinati ormai ad alcuni Stati superpotenze, all'ordinamento internazionale del mondo degli affari, a varie organizzazioni superstatali aventi attribuzioni amministrative (cancellazione della sovranità); che le funzioni degli Stati sono divenute innumerabili, delle cinque dello Stato borghese alcune essendosi tuttavia svuotate e invece essendone venute fuori moltissime altre; che altre fun-

zioni si sono trasferite a pubblici poteri diversi dallo Stato, tra cui quella fondamentale di indirizzo politico ormai passata ai partiti politici, e che alcune di queste funzioni trasferite a pubblici poteri centrali vedono gli Stati in posizioni recessive; che i poteri territoriali locali nei Paesi più avanzati tendono verso nuove forme di equilibrio con i poteri centrali, essendo in recessione la subordinazione verso lo Stato (incremento delle autonomie territoriali); che le funzioni autoritative comprendono sempre di più aree in cui si esercitano secondo modelli convenzionali; che accanto ad esse sono cresciute, fin quasi a sopraffarle quanti-qualitativamente, funzioni promozionali, di ausilio e di direzione di attività di sviluppo da parte di pubblici poteri<sup>28</sup>.

Chi invece si proponga di identificare gli enti pubblici diversi dallo Stato con riferimento all'ordinamento italiano, deve cominciare con il considerare la c.d. legge sul parastato (legge 20 marzo 1975, n. 70) la quale aveva negato al potere esecutivo la possibilità di istituire nuovi enti pubblici, stabilendo che «nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge».

La legge n. 70 del 1975 conteneva un lungo elenco di enti che rimanevano soggetti a discipline di specie o comunque separate<sup>29</sup>: gli enti pubblici economici, gli enti locali e territoriali e i loro consorzi, le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, gli enti ospedalieri (poi sostituiti dalle unità sanitarie locali), gli enti ecclesiastici, le università e gli istituti di istruzione, gli istituti di educazione, le opere universitarie, le scuole di ostetricia autonome, gli osservatori astronomici e vulcanologici, gli istituti geologici, le deputazioni di storia patria ed in genere le accademie e gli istituti culturali, gli ordini e collegi professionali, le camere di commercio, gli enti di patronato per l'assistenza ai lavoratori, la cassa per il mezzogiorno.

---

<sup>28</sup> Questa lucida esposizione sulle nuove prospettive che, con riferimento ai problemi dello Stato, si pongono all'attenzione della scienza giuridica alle soglie del nuovo secolo, è di Massimo Severo Giannini, Relazione al convegno internazionale di studi su *Nuovi moti per la formazione del diritto*, svoltosi a Roma nei giorni 2-3 giugno 1987: cfr. M.S. GIANNINI, *La scienza giuridica e i problemi dello Stato*, in *Nuovi moti per la formazione del diritto*, Padova, Cedam, 1988, 299-314.

<sup>29</sup> Cfr. G. GUARINO, *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, Giuffrè, 1985, 81.

Ma nell'ultimo ventennio molte novità sono poi intervenute con riferimento a tale materia, giacché alcuni di tali enti sono stati dichiarati soggetti privati; ed anche il principio, previsto dalla legge n. 70 del 1975, per il quale gli enti pubblici avrebbero potuto essere istituiti soltanto per legge è venuto meno dopo che la legge di riforma delle autonomie locali ha previsto la possibilità di istituzione di nuovi enti pubblici attraverso i quali i Comuni o le Province possono provvedere alla gestione dei servizi pubblici di propria competenza (cfr. in particolare gli artt. 22, 23 e 25 della legge n. 142 del 1990)<sup>30</sup>.

L'aumento, determinato anche dai principi accolti nella Carta costituzione del 1948, del numero di enti comunitari locali o settoriali capaci di determinare autonomamente gli obiettivi da perseguire ha favorito la tendenza ad abbandonare la concezione tradizionale del collegamento fra lo Stato e gli altri enti pubblici operanti al suo interno e di ritenere quindi ancorate al passato quelle teorie che, come riferimento per la pubblicità di un ente, volgevano esclusivamente lo sguardo allo Stato-persona.

Ai fini della qualificazione di un ente come pubblico, non può ritenersi idoneo il criterio della identità o prossimità dei suoi interessi con quelli dello Stato, giacché i fini della pubblica amministrazione non sempre sono fini propri ed esclusivi dell'amministrazione stessa, essendo assai frequenti le ipotesi in cui determinate finalità sono perseguite sia da enti privati sia da enti inquadrati nello Stato o nelle pubbliche amministrazioni. D'altra parte lo Stato e gli enti pubblici partecipano sempre più spesso ad attività tradizionalmente svolte dai privati, per dirigere determinati settori, controllarli, proteggerli, assumendo assai spesso la veste di imprenditori.

Secondo un'opinione tradizionale, comunque, il regime giuridico e l'inserimento istituzionale di un ente nella organizzazione amministrativa pubblica costituiscono tuttora elementi che permettono di individuare la pubblicità di un ente.

Il regime giuridico si sostanzia nel disporre di potestà pubbliche. Un minimo di potestà pubbliche è senz'altro necessario perché possa parlarsi dell'esistenza di un ente pubblico: quanto meno la potestà

---

<sup>30</sup> V. su tale interessante argomento D. DE CAROLIS, *L'istituzione dell'ente pubblico per atto amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 15 (1992), 637-57.

di certificazione, il potere di auto-organizzazione, che si risolve nel particolare regime di rapporti col personale dipendente, la prerogativa dell'autotutela.

L'inserimento istituzionale dell'ente nell'organizzazione amministrativa pubblica importa un sistema piuttosto complesso di controlli pubblici statali o regionali. Tali controlli, che possono ritenersi inversamente proporzionali all'autonomia riconosciuta all'ente, si sostanziano nell'intervento sugli atti, nel potere di nomina e di revoca dei dirigenti, nella partecipazione alle spese di gestione.

La soluzione di taluni problemi discussi a proposito degli enti pubblici è derivata dall'entrata in vigore della già ricordata legge sul parastato, in quanto tale legge ha provveduto a riordinare gli enti pubblici substatali, con particolare riferimento agli enti pubblici sottoposti alla vigilanza dello stato nella loro finalità.

Ad eccezione di alcuni enti, come gli enti pubblici economici, le università, gli istituti di istruzione e culturali, gli ordini professionali, le camere di commercio, la legge ha predisposto una tabella, con la previsione di sette categorie omogenee, classificate sulla base delle funzioni esercitate.

Gli enti previsti in precedenti atti normativi e non compresi nella tabella sono stati soppressi (con decorrenza dall'aprile 1978) a meno che non ne sia stata dichiarata la necessità (con atti legislativi), «ai fini dello sviluppo economico, civile, culturale e democratico del Paese»<sup>31</sup>.

Anche nella giurisprudenza è possibile individuare notevoli oscillazioni nell'impostazione del problema della natura e della individuazione degli enti pubblici. Dopo che per molti anni la tesi prevalente era quella che individuava nel fine perseguito il criterio decisivo per l'attribuzione della qualifica di ente pubblico - pubbliche erano le persone giuridiche perseguenti scopi di interesse generale -, in seguito la giurisprudenza, riflettendo le nuove tendenze emerse nei contributi della dottrina, ha individuato nuovi indici di riconoscimento come, oltre alla destinazione dell'ente alla realizzazione dei fini propri anche dello Stato (criterio non più esclusivo), la spontanea creazione di esso ad opera dello Stato, la titolarità di una sia pur limitata potestà

---

<sup>31</sup> Sul problema degli enti pubblici in Italia, con specifico riferimento alle innovazioni contenute nella legge sul parastato, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Problemi dell'individuazione delle persone giuridiche pubbliche*, cit.

d'imperio, il finanziamento totale o parziale ad opera dello Stato, la sottomissione ad un controllo statale rivolto a garantire il conseguimento di tali fini.

Successivamente altri criteri sono stati individuati, con prevalente attenzione, anziché ai fini di pubblico interesse perseguiti dalla persona giuridica, allo speciale regime giuridico proprio di alcuni soggetti e al loro inserimento istituzionale nell'organizzazione della pubblica amministrazione, in funzione di ausiliarità per il conseguimento di finalità di interesse generale.

La giurisprudenza non ha assunto una posizione univoca sul problema. Secondo un primo orientamento, infatti, la natura pubblica di un ente dipende esclusivamente dall'inquadramento istituzionale nell'apparato amministrativo della pubblica amministrazione<sup>32</sup>, mentre, secondo un'altra corrente, il collegamento di un ente con un ente pubblico esponenziale del sistema organizzatorio di cui esso fa parte non è sufficiente, essendo necessaria un'indagine specifica per accertare la sussistenza degli elementi necessari.

Come alcuni anni fa ricordava Francesco Galgano, il criterio per stabilire la pubblicità di un ente deve soprattutto individuarsi nella ricerca volta a determinare se l'ente sia posto in un regime giuridico peculiare: occorre dunque valutare, ricorrendo naturalmente al diritto positivo, il modo di formazione della volontà dell'ente, la capacità ad esso riconosciuta dall'ordinamento, la disciplina prevista per la sua attività. La conseguenza di questo nuovo modo di valutazione di un vecchio problema è che, mentre secondo la concezione tradizionale si cercava l'uniformità nelle discipline dei diversi enti considerati come pubblici, la dottrina più recente pone in rilievo la tendenza del legislatore a non accomunare, bensì a differenziare la posizione dei diversi enti pubblici; e non sono mancate indicazioni favorevoli a ritenere ormai superata la vecchia nozione di ente pubblico e ad adottare quella fra enti di diritto comune ed enti di diritto singolare<sup>33</sup>:

---

<sup>32</sup> Questo può comunque ritenersi il criterio prevalente, per il quale possono vedersi Cass., sez. un., 19 luglio 1982, n. 4212; Id., 28 ottobre 1974, n. 3247; Corte conti, sez. contr. enti, 21 dicembre 1978, n. 929 e 28 aprile 1972, n. 478; Id., sez. contr., 12 giugno 1980, n. 1070, in *Foro amm.*, 57 (1981), I, p. 2552; Cons. Stato, sez. IV, 17 dicembre 1976, n. 1419; App. Roma, sez. I, ord. 31 luglio 1984, in *Temì romana*, 1985, II, p. 82.

<sup>33</sup> F. GALGANO, "Pubblico" e "privato" nella qualificazione della persona giuri-

all'interno di questa seconda categoria si troverebbero gli enti pubblici dotati di uno speciale trattamento normativo derivante dal particolare interesse connesso all'oggetto delle loro attività. Sarebbe dunque la presenza di uno speciale ordinamento il requisito idoneo a regolare la struttura e l'attività dell'ente stesso.

### 7. *La privatizzazione degli enti pubblici. Gli enti di interesse nazionale (o pubblico)*

Un tema che negli ultimi tempi ha assunto, come è noto, sempre maggiore importanza ed attualità è quello noto con l'espressione privatizzazione, che descrive una tendenza che si riferisce non soltanto agli enti e alle imprese ma anche al rapporto di lavoro e al tema della riforma riguardante la giurisdizione sul rapporto di pubblico impiego<sup>34</sup>.

Si tratta di un processo ormai avviato che tuttavia dovrà essere seguito nelle varie fasi della sua attuazione e che presenta molte differenze nei vari settori e con riferimento ai più numerosi enti. I problemi

---

dica, in *Riv. trim., dir. pubbl.*, 16 (1966), 279 *Id.*, *Delle persone giuridiche. Art. 11-35*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1969.

<sup>34</sup> Per una recente riflessione sul tema della privatizzazioni, F. PIZZETTI, *La privatizzazione degli enti pubblici*, in *Quad. pluralismo*, 1984, n. 2, 12; S. CASSESE, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 41 (1991), n. 2, 378; D. BOS, *Privatization. A theoretical treatment*, Oxford, Oxford University Press, 1991; G. AMORELLI, *Le privatizzazioni nella prospettiva del trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*, Padova, Cedam, 1992; P. CIRIELLO, *Nazionalizzazioni e privatizzazioni nelle esperienze italiana e francese*, I: *Le Nazionalizzazioni*, Napoli, Jovene, 1992 (il secondo volume sarà dedicato alle privatizzazioni); G. CRISCI, *La politica italiana delle privatizzazioni: aspetti legali*, in *Cons. Stato*, 1992, II, 1793; DI GASPARÈ, *La trasformazione degli enti pubblici economici e la dismissione della partecipazione statali. Verso un nuovo ibrido: la s.p.a. di diritto pubblico?*, in *Nomos*, 1992, M. FORCHINI, *Profili rilevanti delle c.d. privatizzazioni*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, II, Milano, Giuffrè, 1992, 1269; P. SCHLESINGER, *La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici*, *ivi*, 1971; P.G. PADOA SCHIOPPA, *Il processo di privatizzazione: sei esperienze a confronto*, in *Riv. soc.*, 1992, 91; RAGUSA MAGGIORE, *La grande illusione degli enti di gestione*, in *Dir. fall.*, 1992, 441; S. BERETTA (ed.), *Pubblico e privato. Problemi e esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 1993.

giuridici delle privatizzazioni sono numerosi e di grande complessità e riguardano i temi più vari, come il demanio e il patrimonio pubblico<sup>35</sup>, le trasformazioni di enti pubblici in società per azioni in mano pubblica<sup>36</sup>, le procedure di trasferimento del controllo di società per azioni in mano pubblica<sup>37</sup>, la necessità di prevedere una disciplina che, pur allontanandosi il meno possibile dalle regole generali del diritto societario, preveda però strumenti capaci di far fronte alle esigenze peculiari che il processo di privatizzazione delle imprese pubbliche è destinato a sollevare.

Un problema particolare, sul quale recentemente si è pronunciata la Corte costituzionale, è quello del controllo della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 100, 2° comma Cost. e della legge 21 marzo 1958, n. 259, nei confronti di enti, come l'Iri, l'Eni, l'Ina e l'Enel, per i quali recenti provvedimenti legislativi hanno previsto un procedimento di "privatizzazione", disponendo la loro diretta trasformazione in società per azioni. Con sentenza n. 466 del 1993 la Corte costituzionale ha stabilito che la Corte dei conti dovrà continuare ad esercitare il controllo nei confronti di tali enti, «fino a quando permanga una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato al capitale azionario di tali società»<sup>38</sup>.

La connessione tra la natura pubblica e privata che si rivela evidente in un numero sempre maggiore di enti già da tempo ha indotto gli studiosi più attenti alle novità della realtà normativa e più sensibili all'esigenza di soddisfare le nuove istanze sociali a configurare una nuova categoria di enti, definiti enti privati di interesse nazionale (o pubblico)<sup>39</sup>, la cui disciplina appare opportuna in quanto l'azione di

---

<sup>35</sup> Sul problema "Demanio, patrimonio pubblico e privatizzazione" è stata presentata una relazione di Alberto Predieri al convegno che svoltosi Courmyeur nei giorni 23-25 aprile 1993.

<sup>36</sup> A questo tema, nel convegno ricordato nella precedente nota, è stata dedicata una relazione di Natalino Irti.

<sup>37</sup> Tema esaminato da Piero Schlesinger nel convegno di Courmayeur ricordato in precedenza.

<sup>38</sup> La sentenza è pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, 1 serie speciale, *Corte costituzionale*, 135 (1994), n. 1, 5 gennaio, 18-26.

<sup>39</sup> Sugli enti privati di interesse nazionale (o pubblico), M. MIELE, *La distinzione tra enti pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, 72; A.M. SANDULLI, *Enti pubblici*

## associazioni aventi fini di tutela di interessi collettivi e diffusi

è di assai utile fiancheggiamento dell'azione dei pubblici poteri, dello Stato in particolare, per la tutela di interessi collettivi e diffusi, come quelli attinenti al paesaggio, all'ambiente, al verde pubblico, ma anche per ciò che attiene al controllo dei prezzi, alla lotta contro le sofisticazioni alimentari, contro la violazione di norme attinenti ai caratteri di prodotto da immettere al consumo, e simili<sup>40</sup>.

Questo argomento si presenta intimamente collegato con una questione che non ha ancora trovato una soddisfacente impostazione, nonostante il numero e la grande rilevanza dei contributi dottrinali ad essa dedicati: la questione della tutela degli interessi superindividuali, variamente definiti come interessi collettivi, diffusi, plurisoggettivi, metaindividuali, ecc. Come giustamente si è in proposito recentemente osservato, con specifico riferimento alla tutela degli interessi diffusi, in uno studio dedicato al tema degli interessi protetti nel processo amministrativo,

pur avendo raggiunto sovente risultati ragguardevoli non può dirsi che la ricerca sia terminata né che abbia raggiunto risultati definitivi<sup>41</sup>.

---

*ed enti privati di interesse pubblico*, in *Giust. civ.*, IV (1958); ID., *Gli enti pubblici e gli enti privati di interesse pubblico*, in *L'organizzazione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1959; N. LEONETTI, *Le società d'interesse nazionale*, in *Banca, borsa, titoli cred.*, 1976, 426; R. PEREZ, *Gli enti privati di interesse pubblico*, Milano, 1984; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro it.*, 104 (1979), V, 289-314; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., I, Milano, Giuffrè, 1993, 225. Con particolare riferimento al caso della Croce Rossa Italiana, E. BALOCCHI, *Osservazioni sulla disciplina giuridica della Croce Rossa Italiana*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, I, Milano, Giuffrè, 1987, 21-60 (ivi bibliografia). V. anche il recente parere dell'adunanza generale del Consiglio di Stato, 7 febbraio 1991, n. 10, in *Foro it.*, 118 (1993), III, 388-8, con ampia nota di richiami.

<sup>40</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, cit.: il § 5.10 è interamente dedicato alla considerazione degli "enti di interesse nazionale". Sullo schema di disegno di legge presentato in proposito cfr. il parere del Consiglio di Stato 19 febbraio 1981, n. 1, in *Cons. Stato*, 1981, I, 465.

<sup>41</sup> F.G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1989, 15.

## 8. I soggetti rappresentanti di interessi superindividuali

Si è già ricordata (*retro*, § 5) l'importante disposizione contenuta nell'art. 9 della legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990, nella quale ai soggetti portatori di interessi diffusi è riconosciuta la facoltà di intervenire nel procedimento amministrativo. Oltre alla protezione degli interessi definiti come «diffusi», la disposizione parla anche, più in generale, di soggetti «portatori di interessi pubblici o privati».

È da ricordare che il testo proposto dalla Commissione Nigro, nel prevedere, nel titolo III, punto 4, l'espressione «qualunque soggetto portatore di interessi pubblici diffusi, collettivi o privati», non stabiliva formule organizzatorie, seppure elementari (associazioni o comitati) della rappresentanza di questi interessi.

Il problema della tutela degli interessi superindividuali<sup>42</sup> e pluri-soggettivi e dell'elaborazione giurisprudenziale riguardante i criteri di collegamento fra interessi e soggetti portatori non è certo un problema recente, giacché le locuzioni interesse diffuso e interesse collettivo erano adottate anche dalla giurisprudenza amministrativa nei primi anni del '900<sup>43</sup>; ma è soprattutto negli ultimi ventanni che è riscontrabile un'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale tendente ad affermare una tutela anche giurisdizionale di tali situazioni giuridiche soggettive e ad inserire i nuovi interessi nell'area della giurisdizione senza determinarne un'alterazione dei caratteri fondamentali. Purtroppo è tuttora rilevabile, oggi come in passato, una certa ambiguità nell'uso delle varie espressioni ricollegabili al concetto di interesse collettivo<sup>44</sup>,

---

<sup>42</sup> L'espressione *interessi superindividuali* è di A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario*, in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Atti del convegno di Pavia, 11-12 giugno 1974), Padova, Cedam, 1976, 263.

<sup>43</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 1902, n. 75, in *Giust. amm.*, 1902, 60; *Id.*, 12 giugno 1914, n. 238, *ivi*, 1914, 407.

<sup>44</sup> La distinzione fra interesse collettivo e interesse diffuso è infatti ampiamente controversa in dottrina. Cfr., tra gli altri, M. BUSSONE, *Interesse collettivo dei consumatori e regolazione giuridica del mercato*, in *Giur. it.*, 138 (1986), IV, 299, il quale osserva che «interesse diffuso e interesse collettivo continuano ad essere categorie concettuali molto suggestive, e tuttavia gravemente indeterminate nel significato»; M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso*, cit., spec. 10.

che talora viene equiparato all'interesse generale o pubblico<sup>45</sup>, altre volte a quello di gruppo o di serie<sup>46</sup>.

In effetti, il concetto di interesse collettivo, nonostante sia frequentemente utilizzato per la spiegazione di numerosi fenomeni giuridici – si consideri l'importanza che assume tale concetto per lo studio del diritto del lavoro dedicato all'esame del fenomeno sindacale – non può dirsi sufficientemente chiaro e preciso anche perché è la stessa nozione di interesse che presenta aspetti di approssimazione nella terminologia di consueto adottata dai giuristi.

Se si accoglie una nozione di interesse concepito come una relazione tra un soggetto ed un bene idoneo a soddisfarne il bisogno, si può dedurre la conclusione che anche l'interesse collettivo non può riscontrarsi se non in relazione a persone fisiche, per il semplice motivo che solo gli uomini possiedono dei bisogni, ed anche i bisogni che sembrano appartenere ad un organismo sociale si risolvono in bisogni comuni a tutti gli individui che ne fanno parte<sup>47</sup>.

Parlare di interessi collettivi non dovrebbe significare dunque riconoscere la titolarità degli interessi stessi ad un corpo sociale unitariamente ed autonomamente considerato, bensì riferirsi semplicemente ad interessi che competono sì ai singoli membri del corpo sociale, ma, come suol dirsi, non *uti singuli*, bensì *uti universi*, cioè come membri del corpo sociale, talché l'interesse di ognuno non può soddisfarsi se non congiuntamente all'interesse di tutti<sup>48</sup>.

Nell'ambito della categoria dell'interesse collettivo si pone la distinzione tra *interessi di gruppo* e *interessi di serie* (o *interessi generali*): è una distinzione non quantitativa, potendosi dare serie cui appartenga, in un momento specifico, un numero assai limitato di persone (es., la famiglia) e al contrario gruppi molto numerosi. Nell'ipotesi dell'interesse di gruppo, quello per esempio di una società per azioni, l'attività necessaria per svolgerlo può essere esercitata da

<sup>45</sup> Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 1902, n. 75, cit.; Id., sez. VI, 11 aprile 1975, n. 120.

<sup>46</sup> Cons. Stato, sez. IV, 31 dicembre 1906, n. 692, in *Giust. amm.*, 1906, p. 748; Id., 2 marzo 1917, n. 64, ivi, 1917, p. 64; Id., sez. VI, 29 novembre 1977, n. 882.

<sup>47</sup> P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, Giuffrè, 1964, 9.

<sup>48</sup> G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, II, Padova, Cedam, 1963, 110. Cfr. anche C. LAVAGNA, *Diritto Costituzionale*, I, *Dottrina generali*, Milano, Giuffrè, 1957, 66-7.

tutti i titolari, riuniti in un'organizzazione che tutti li comprenda, i cui organi, variamente formati e deliberanti, agiscono in nome di tutti, in virtù di un rapporto di rappresentanza in senso stretto, di volontà oltre che di interesse<sup>49</sup>.

I titolari degli interessi (collettivi) di serie sono invece membri di una comunità che non costituisce una pluralità chiusa, determinata e finita, bensì una collettività dai confini indeterminati, che comprende gli individui che, in un momento determinato, si trovano rispetto ad essa in una certa relazione. Tipico esempio di interesse di serie è quello rappresentato dall'interesse della collettività dei cittadini, cioè dei cittadini considerati quali membri della comunità statale: si parla in questa ipotesi di interesse pubblico.

Valutando il problema della tutela degli interessi superindividuali (diffusi o collettivi che essi siano), si può innanzi tutto rilevare la tendenza più recente a superare quegli orientamenti che in passato escludevano la proponibilità della domanda giudiziale quando i vari interessi dedotti in giudizio si collegavano a un interesse unitario e collettivo<sup>50</sup> o alla lesione dell'interesse *diffuso* "delle persone appartenenti alla collettività comunale" o "ad altra aggregazione"<sup>51</sup>. Sul presupposto della mancanza di personalità dell'interesse, in passato la giurisprudenza amministrativa negava che potessero agire in difesa degli interessi dei singoli appartenenti alla categoria le associazioni e gli ordini professionali<sup>52</sup>. Ma non può certo ritenersi estinta, come notava alcuni anni fa Mario Nigro, "la *querelle* generale se le formazioni sociali aventi interessi propri possano caricarsi anche degli interessi dei propri associati"<sup>53</sup>.

Più difficile è però individuare una logica unitaria capace di esprimere la varietà delle posizioni sostenute in dottrina e in giurisprudenza con riferimento a tale problema. Per un esame più analitico della

---

<sup>49</sup> N. JAEGER, *Principi di diritto corporativo*, Padova, Cedam, 1949, p. 31.

<sup>50</sup> Cons. Stato, sez. VI, 2 dicembre 1939, n. 423.

<sup>51</sup> Cfr. soprattutto la giurisprudenza relativa all'istituzione di farmacie: in particolare Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 1961, n. 457, in *Rass. Cons. Stato*, 1961, I, p. 1571.

<sup>52</sup> Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 1962, n. 221; per altre citazioni cfr. A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, Napoli, Jovene, 1964, 213.

<sup>53</sup> M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso*, cit., nt. 5.

questione occorre esaminare gli scritti che affrontano espressamente l'argomento<sup>54</sup>. Nella sintesi resa necessaria dalle caratteristiche di questo lavoro, è da ricordare che il problema è stato affrontato dalla giurisprudenza della Corte dei conti, dei T.a.r. e del Consiglio di stato in un numero molto elevato di decisioni, il cui comune denominatore è costituito dalla tendenza ad individuare, in via interpretativa, meccanismi di soggettivazione degli interessi diffusi, idonei a rendere giuridicamente rilevante ed a personalizzare l'eventuale lesione di essi<sup>55</sup>.

All'inizio degli anni '70, quando esercitavo le funzioni di magistrato della Corte dei conti assegnato all'ufficio della Procura generale, ero stato chiamato a indagare sulla sussistenza di un'eventuale responsabilità erariale determinata dalla costruzione di 42 villette nel Parco Nazionale d'Abruzzo. Si trattava della prima indagine avviata dalla Procura generale della Corte dei conti per accertare eventuali fattispecie di responsabilità erariale causate dall'azione o dall'omissione dalle quali potessero essere derivati danni c.d. ecologici. Sono trascorsi da allora più di vent'anni ma non posso dimenticare i molti mesi di pesante ed appassionante lavoro dedicati allo svolgimento dell'attività istruttoria, la collaborazione ottenuta dall'Associazione italiana del World Wildlife Found, una collaborazione che era stata da me richiesta nel tentativo di quantificare l'entità del danno, l'impegno esercitato nella redazione dell'atto di citazione e, poi, nella partecipazione all'udienza di discussione della causa, svoltasi in contraddittorio con un collegio difensivo di grande prestigio. Tale impegno nasceva dalla convinzione che, come magistrato e giurista e, prima ancora, come cittadino, occorresse tenere conto del crescente allarme sociale suscitato dai danni prodotti

---

<sup>54</sup> Per specifici riferimenti rinvio, oltre che alle due monografie di R. FEDERICI, *Gli interessi diffusi*, Padova, Cedam, 1984 e di U. RUFFOLO, *Interessi collettivi e diffusi e tutela del consumatore*, Milano, Giuffrè, 1985, alle indicazioni riportate in A. ROMANO (ed.), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1992, spec. 345 ss. V. anche F.G. COCA, *Interessi protetti*, cit. e la bibliografia ivi citata.

<sup>55</sup> È questo un criterio interpretativo proposto nel 1982 da A.M. Sandulli, in un intervento svolto a conclusione della tavola rotonda sul tema *Giustizia amministrativa e attuazione della Costituzione*, tenutasi a Bari il 15 aprile di quell'anno. Per una interessante sintesi sui lavori di tale incontro v. R.G. RODIO, in *Dir. e società*, 6 (1983), pp. 405-11. Per acute considerazioni sulle conseguenze, alcune anche negative, derivanti dall'accoglimento di tale criterio, cfr. M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso*, cit.

al territorio e all'ambiente, sotto la spinta di interessi particolari spesso agevolati dalla compiacente condotta o dalle omissioni di chi avrebbe dovuto curare la tutela di tali interessi.

Ritenni allora che si potesse elaborare una costruzione capace di dimostrare in modo convincente che il concetto di danno pubblico va inteso non in senso puramente ragionieristico di turbativa di alcuni elementi del conto patrimoniale, ma come turbativa di quei beni (conservazione della flora e della fauna, tutela del paesaggio, conservazione della natura, ecc.) che "appartengono"<sup>56</sup> alla collettività organizzata nello Stato<sup>57</sup>.

A distanza di tanto tempo mi sembra di poter dire che, forse per la difficoltà che provo personalmente a valutare con sufficiente obiettività una vicenda che mi ricorda un'iniziativa da me assunta nell'esercizio delle funzioni di magistrato della Corte dei conti, non certamente l'unica, ma una delle vie di soluzione del problema della tutela degli interessi superindividuali nel processo possa essere rappresentata dalla "fissazione" in un organo pubblico *super partes* di tutti quegli interessi la cui emergenza «non nasce tanto dalla loro diffusione o dalla loro appartenenza a gruppi più o meno ristretti, quanto dal porsi come interessi giurisdizionalmente "scoperti" per l'inidoneità del sistema ad offrire loro un titolare, soggetto pubblico o privato, in cui si ravvisi una corrispondente posizione legittimante»<sup>58</sup>.

Non si può d'altra parte dimenticare che, come si è giustamente osservato, a commento delle tendenze giurisprudenziali in tema di tutela degli interessi superindividuali nel processo amministrativo, tali interessi, in realtà, non hanno mai ingresso ufficiale nel giudizio amministrativo, perché debbono invece, entrarvi, per così dire, camuffati da interessi individuali, e cioè legittimi<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Cfr., F. CHIAROTTI, *Appartenenza*, in *Enc., dir.*, II, Milano, Giuffrè, 1958, 702-8.

<sup>57</sup> Tale concezione, esposta nell'atto di citazione da me redatto e poi sostenuta nell'udienza di discussione, venne accolta dalla I sezione giurisdizionale: per ulteriori indicazioni di giurisprudenza cfr. B. CARAVITA, *Interessi collettivi*, cit.

<sup>58</sup> M. FRANCO, *Tutela del territorio, interessi diffusi ed operato del giudice (ordinario, amministrativo, contabile)*, in *Foro amm.*, 62 (1986), 2603-16.

<sup>59</sup> F.G. SCOCA, *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., 51. V. anche di questi autore *Tutela dell'ambiente: la diffuse utilizzazione delle categorie dell'interesse diffuso da parte*

È noto comunque che sin dal 1973, con decisione della prima sezione di contabilità pubblica n. 39 del 15 maggio<sup>60</sup>, la Corte dei conti ha affermato che il processo contabile è lo strumento che, per la sua natura ed i suoi caratteri, è idoneo a tutelare gli interessi diffusi senza snaturarne l'essenza<sup>61</sup>. La prima sezione giurisdizionale per i giudizi di responsabilità della Corte dei conti era stata chiamata dalla Procura generale a valutare l'ipotesi di turbativa all'equilibrio ecologico causata dalla illegittima utilizzazione edificatoria di suoli rientranti nel territorio del Parco nazionale d'Abruzzo: i giudici della Corte hanno ritenuto sussistente la propria giurisdizione, accogliendo la tesi della Procura generale (da me sostenuta in udienza nell'esercizio delle funzioni di Procuratore generale) a favore di un concetto di danno erariale nuovo rispetto a quello tradizionalmente accolto dalla stessa Corte. Venne accolto dal collegio giudicante il criterio, da me sempre utilizzato nello svolgimento della mia attività scientifica (oltre che nell'esercizio dell'attività di giudice), sulla necessità di dare delle leggi, tra le diverse interpretazioni possibili, la prevalenza a quella che appare più coerente con le esigenze di rispetto della Carta costituzionale<sup>62</sup>.

La tendenza della Corte dei conti a prevedere forme di tutela oggettiva degli interessi a carattere metaindividuale è stata criticata in dottrina, con numerosi e vari argomenti, taluni dei quali appaiono in effetti meritevoli di accoglimento<sup>63</sup>: ma non sono mancate espressioni di apprezzamento positivo per la novità dell'orientamento giurispru-

---

*dei giudici amministrativo, civile e contabile*, in *Dir. e società*, 8 (1985), n. 1, 637; *Interessi protetti*, cit.

<sup>60</sup> Vedila in *Foro amm.*, 39 (1973), I, 3, 247, con nota redazionale.

<sup>61</sup> V. anche le decisioni della Corte dei conti 20 dicembre 1975, n. 108, in *Foro it.*, 102 (1977), III, 349), 18 settembre 1980, n. 86, *ivi*, 105 (1980), III, 167, con nota di C.E. GALLO.

<sup>62</sup> L'esigenza di accogliere tale criterio viene posta in rilievo nella decisione Corte dei conti 8 ottobre 1979, n. 61, in *Foro it.*, 1979, III, 593, con nota di A. LENER.

<sup>63</sup> Cfr. tra gli altri, per una valutazione di accentuato dissenso rispetto all'indirizzo giurisprudenziale della Corte dei conti, A.M. SANDULLI, *La Corte dei conti può far pagare i danni ecologici?*, in *Il Corriere della Sera*, 30 aprile 1980, p. 2 e B. CARAVITA, *Interessi diffusi e collettivi*, in *Dir. e soc.*, 5 (1982), 167-280, spec. 269 ss., che parla di «un evidente interpretazione estensiva della normativa in materia di responsabilità amministrativa».

denziale accolto dalla Corte dei conti e per il nuovo ruolo esercitato dal giudice contabile in questa materia<sup>64</sup>.

È noto come in seguito il legislatore, con l'approvazione della legge 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del Ministero dell'ambiente, abbia sostanzialmente sottratto al giudice contabile ogni competenza giurisdizionale in materia di danno erariale in riferimento all'incisione dei beni ambientali (cfr. art. 18): la legge stabilisce comunque che le associazioni previste dall'art. 13 della legge medesima possano intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi.

Volendo inquadrare in una breve sintesi il problema della tutela degli interessi superindividuali, si può ricordare che la pertinenza del c.d. interesse diffuso alla sfera giuridica di un soggetto individuale o collettivo è stata, nelle varie ipotesi, desunta da diversi fattori<sup>65</sup>, fra i quali si possono ricordare i seguenti: collegamento di tipo territoriale, individuato dal giudice amministrativo sin dal 1970<sup>66</sup> e successivamente confermato dalla giurisprudenza civile; finalità istituzionali, statutarie o perseguite di fatto dalla figura giuridica soggettiva, che hanno indotto la giurisprudenza a riconoscere ad enti pubblici il potere di ricorrere dinanzi al giudice amministrativo a tutela dell'interesse pubblico costituente il substrato delle *potestà* dell'ente: azienda di

---

<sup>64</sup> Cfr. tra gli altri, sia pure con alcune precisazioni che meritano di essere attentamente valutate, A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, spec. 528; A. LENER, nota red. a Corte conti, sez. I, 8 ottobre 1979, n. 61 e ord. in pari data n. 24, in *Foro it.*, 104 (1979), III, 539; L. LONGO, *Quale tutela per gli interessi collettivi e diffusi? Aspetti e prospettive della tutela giurisdizionale, in queste istituzioni*, 9 (1981), n. 47,16; M. FRANCO, *Tutela del territorio*, cit., spec. 2611, ove si osserva che la protezione così riconosciuta agli interessi diffusi risulta limitata al risarcimento del danno erariale e cioè alla sfera patrimoniale: si sottolinea tuttavia nello scritto che particolarmente interessante è la tecnica processuale offerta dal modulo procedimentale della Corte dei conti che, attraverso la legittimazione processuale del p.m., si rivela idoneo ad un allargamento della tutela delle istanze generali della collettività in materia di tutela del territorio, istanze che, con una terminologia quasi di comodo, qualificammo normalmente "interessi diffusi" (*ivi*, 2611).

<sup>65</sup> Una rassegna di notevole completezza sul tema è quella a cura di A. ANGIULI, *La tutela degli interessi superindividuali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. e soc.*, 6 (1983), n. 2,337-66; *Id.*, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale*, Napoli, Jovene, 1986.

<sup>66</sup> Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 1970, n. 523, in *Giur. it.*, 122 (1970), III, c. 193, con riferimento all'interpretazione dell'art. 10 legge n. 765 del 1967.

soggiorno e turismo, legittimata ad impugnare provvedimenti incidenti su interessi corrispondenti alle sue finalità istituzionali<sup>67</sup>; automobil club provinciale, legittimato ad impugnare provvedimenti lesivi degli «interessi generali dell'automobilismo italiano, del quale promuove e favorisce lo sviluppo»<sup>68</sup>; ordini e collegi professionali, a tutela dell'intera categoria rappresentata, ecc.; legittimazioni collettive a tutela di interessi paesistici ed ambientali in capo ad entità soggettive non pubbliche: in proposito assai nota è la decisione del consiglio di Stato, sez. V, 9 marzo 1973, n. 253, che ha riconosciuto ad *Italia Nostra* la legittimazione ad impugnare una licenza edilizia la cui attuazione avrebbe comportato l'alterazione di bellezze naturali<sup>69</sup>; decisione però cassata senza rinvio (per difetto assoluto di giurisdizione) da Cass., sez. un., 8 maggio 1978, n. 2207<sup>70</sup>; il fine statutario di una associazione, si è precisato nella successiva giurisprudenza amministrativa, non garantisce la effettiva esponenzialità da parte di quest'ultima di determinati interessi di gruppo.

Con riferimento alla legittimazione di *Italia Nostra* a ricorrere nel processo amministrativo contro un provvedimento lesivo dell'assetto territoriale, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con una decisione molto nota che ha suscitato particolare interesse in dottrina<sup>71</sup>, ha posto notevoli limiti all'orientamento affermato nella citata decisione del 1973, precisando che la titolarità in via tendenzialmente esclusiva di interessi nella sostanza pubblici non può derivare da un atto di autoassunzione né da una indagine limitata all'accertamento della liceità degli scopi di una associazione. Tale decisione, che è stata ritenuta arretrata rispetto a precedenti tendenze emerse nella giurisprudenza

---

<sup>67</sup> Tar Marche 8 aprile 1981, n. 249, in *Rass. Tar*, 1981, I, p. 1808.

<sup>68</sup> Tar Piemonte 15 maggio 1979, n. 252, *ivi*, 1979, I, p. 2064

<sup>69</sup> Pubblicata in molte riviste giuridiche con note di commento: vedila in *Rass. Cons. Stato*, 1973, I, p. 419. Sulla vicenda di *Italia Nostra* cfr. soprattutto L. ZANUTTIGH, "Italia Nostra" di fronte al Consiglio di Stato, in *Foro it.*, 99 (1974), III, 34; *Id.*, "Italia Nostra davanti alla Corte di Cassazione", *ivi*, 104 (1979), I, 167.

<sup>70</sup> Pubblicata in *Foro it.*, 103 (1978), I, c. 190, con nota di C. BARONE. V. anche la decisione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (dec. 19 ottobre 1979, n. 24, in *Foro it.*, 105 (1980), III, I, con nota di A. ROMANO).

<sup>71</sup> Dec. 19 ottobre 1979, n. 24, *cit.*

amministrativa<sup>72</sup>, ha tuttavia stabilito l'importante principio che lega la legittimazione ad agire all'insediamento abitativo inteso come legame non occasionale con il territorio<sup>73</sup>. Importante, in tale decisione, è l'esplicita affermazione secondo la quale il riconoscimento governativo di una associazione come persona giuridica non costituisce presupposto necessario della legittimazione processuale, dovendosi ritenere che «al pari di quelle riconosciute, anche le associazioni non riconosciute sono fornite di una capacità processuale autonoma e distinta da quella degli associati (art. 36, 2° comma, c.c.: che è quanto basta per ritenere integrato l'estremo della "giuridicità" dei corpi morali di cui all'art. 26 t.u. 26 giugno 1924, n. 1054)»<sup>74</sup>.

Tra i fattori dai quali dedurre la pertinenza dell'interesse diffuso ad un soggetto, ha acquistato sempre maggiore rilievo quello della partecipazione al procedimento di formazione dell'atto amministrativo, con riferimento al collegamento fra le legittimazioni c.d. procedurali, sempre più spesso riconosciute ad individui e/o associazioni, e legittimazioni processuali<sup>75</sup>.

A proposito di quest'ultimo aspetto, va ricordato che, come è noto, costituisce un principio peculiare delle più recenti concezioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza ed accolte dal legislatore in tema di procedimento amministrativo quello tendente a favorire i processi di partecipazione della società all'attività dei pubblici poteri e a riconoscere ad una cerchia sempre più ampia di enti esponenziali di interessi superindividuale (collettivi e/o diffusi) il compito di contribuire allo svolgersi di una più efficiente azione amministrativa<sup>76</sup>: costituisce infatti un'esigenza sempre più avvertita la realizzazione

---

<sup>72</sup> Cfr. in tal senso N. GRECO, *La valutazione di impatto ambientale. Rivoluzione o complicazione amministrativa?*, Milano, Giuffrè, 1984.

<sup>73</sup> Cfr. sul punto M. FRANCO, *Tutela del territorio*, cit.

<sup>74</sup> Cons. Stato, Ad. plen., n. 24 del 1979, cit., 5

<sup>75</sup> Cfr. soprattutto M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 34 (1980), spec., pp. 234-35; ID., *Le due facce dell'interesse diffuso*, cit.. Per indicazioni sulla giurisprudenza che ha seguito tale criterio interpretativo v. A. ANGIULI, *La tutela*, cit., 361-5.

<sup>76</sup> Con riferimento al tema della valenza collettiva dei nuovi interessi sociali (ambiente, salute ecc.) ai quali si cerca di assicurare progressivamente adeguate forme di tutela, cfr. L. LONGO, *Quale tutela per gli interessi collettivi e diffusi?*, cit.

di una nuova legalità, «non una legalità-legittimità, ma una legalità-giustizia che non si limiti ad assicurare la conformità dell'ordine amministrativo all'ordine normativo preesistente»<sup>77</sup>, ma sia idonea a consentire un giusto assetto dei vari interessi, con la partecipazione attraverso il confronto tra le rispettive esigenze<sup>78</sup>.

Gli studi più recenti sull'azione amministrativa e le nuove tendenze legislative riguardanti tale settore del diritto amministrativo (mi riferisco naturalmente alla legge di riforma delle autonomie locali n. 142 del 1990 e alla legge sui procedimenti amministrativi n. 241 del 1990) dedicano giustamente un rilievo particolare al principio del contraddittorio e all'importanza che assume la partecipazione del privato nelle varie fasi del procedimento amministrativo, nella prospettiva di un'azione che favorisca il più possibile il momento convenzionale e sia capace di soddisfare le istanze e le aspettative dei soggetti che partecipano al procedimento<sup>79</sup>. La constatazione che attualmente le decisioni amministrative vengono contratte con i vari "gruppi di pressione" operanti nella società, molti dei quali non sono neppure costituiti in persone giuridiche, induce ad individuare l'esistenza di principi posti a garanzia di tali gruppi, come il principio di partecipazione e quello di pubblicità.

---

<sup>77</sup> P. CALANDRA, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, il Mulino, 1978, 444, il quale richiama l'attenzione sull'esigenza che nel procedimento amministrativo il funzionario istruttore svolga una prima verifica dei vari interessi coinvolti, tutti ammessi ad essere ascoltati.

<sup>78</sup> Sulla vasta problematica riguardante i soggetti rappresentanti di interessi collettivi, con particolare riferimento alla materia dell'ambiente, cfr. di recente G. ARIOLLI, *La partecipazione delle associazioni ambientaliste al procedimento amministrativo, ai sensi della l. n. 241 del 1990*, in *Dir. e giur. agraria e dell'ambiente*, 1993.

<sup>79</sup> Per un primo commento alle novità legislative in merito all'istituto, che sembra trovare molti consensi a livello normativo, della c.d. conferenza di servizi (cfr. art. 14, legge n. 241 del 1990) anche con riferimento alla disciplina prevista nell'art. 27 legge n. 142 del 1990, che si riferisce alla formazione di un accordo di programma, cfr. G. GRECO, *Commento all'art. 27, legge n. 142 del 1990*, in V. ITALIA, *La legge sulle autonomie locali*, Milano, Giuffrè, 1990, 379; Id., *Commento all'art. 14 l. n. 241 del 1990*, in V. ITALIA, M. BASSANI (eds.) *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (Legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 273.

## 9. Le organizzazioni di volontariato

La recente legge 11 agosto 1991, n. 266, nota come *legge sul volontariato*, contiene una disciplina che deve essere attentamente considerata in una valutazione riguardante il tema della soggettività giuridica, giacché molte sue disposizioni non possono non esercitare influenza nel più generale sistema giuridico italiano.

In tale legge sono previste alcune novità, che sono già state ricordate in questo scritto e sulle quali non è qui possibile soffermarsi, come, per esempio, la già ricordata disciplina a proposito della non necessità dell'autorizzazione per gli acquisti degli enti (non riconosciuti) di volontariato, e, più in generale, l'affermazione della soggettività indipendentemente dalla capacità giuridica, che è probabilmente la più grossa novità della legge sul volontariato<sup>80</sup>, che meritano di essere considerate nell'ambito più generale delle persone giuridiche<sup>81</sup>.

Il riconoscimento delle organizzazioni di volontariato nella loro soggettività sociale e giuridica inserisce a pieno titolo queste organizzazioni nel circuito istituzionale e favorisce la tendenza, indicata soprattutto dalle leggi nn. 142 e 241 del 1990, a favorire forme di collaborazione tra pubblico e privato che le organizzazioni amministrative devono perseguire in coerenza con il dettato costituzionale.

L'importanza di questa legge consiste anche nella constatazione

---

<sup>80</sup> Cfr. in tal senso, V. PANUCCIO, *Volontariato*, cit., 1089.

<sup>81</sup> La bibliografia in tema di organizzazioni di volontariato è molto ampia: per essa rinvio a quella riportata nella voce di V. PANUCCIO, *Volontariato*, cit. Ricordo in particolare la monografia di L. MENGHINI, *Nuovi valori costituzionali e volontariato. Riflessioni sull'attualità del lavoro gratuito*, Milano, Giuffrè, 1989 ed inoltre: V. CESAREO, *Associazionismo volontario*, in *Diz. di politica*, Torino, Utet, 1983, 54-56, G.L. TAVAZZA, *Per un volontariato "soggetto politico"*, in L. TAVAZZA (ed.), *Volontariato ed enti locali (Atti del III convegno naz. sul volontariato)*, Lucca, 4-6 maggio 1984), Bologna, 1985; COTTURRI, *Volontariato e associazionismo: nuovi principi*, in *Oltre la solidarietà di classe per una solidarietà della cittadinanza* (Atti del seminario sul volontariato, Frattocchie 6-7 dicembre 1986), Roma, 1988; FANTINI, *Cooperative di solidarietà, cosa le accomuna e cosa le differenzia dal volontariato*, *ivi*; GUADINO, *Le cooperative finalizzate*, in *Riv. dir. proc. civ.* 40 (1986), 565; BUSANI, *Associazioni e cooperative nel futuro del volontariato*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 agosto 1991; B. CASADEI, *Associazionismo e volontariato in Parlamento*, in *queste istituzioni*, XIX (1991), n. 85-86, 131-6; E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, in *Giur. cost.*, 37 (1992), 2348 ed *ivi* l'ampia bibliografia riportata; P. RESCIGNO, *Autonomia privata e legge*, cit.

che il legislatore ha dovuto prendere atto che non è più sufficiente un mero riferimento alle grandi organizzazioni di volontariato che potrebbero definirsi “storiche” (le organizzazioni di matrice cattolica, come le Dame di San Vincenzo, la Caritas, le Missionarie della Carità, le Misericordie ecc. e quelle di ispirazione laica, come la Croce Rossa Italiana, le Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, ecc.), dovendosi ritenere di rilievo sempre maggiore l’azione svolta delle moltissime associazioni di fatto, da gruppi spontanei a volte composti di poche persone, che rendono questo fenomeno particolarmente fluido e complesso e non consentono di potere perseguire una politica di rigida istituzionalizzazione.

## *Problemi in tema di autonomie normative. L'autonomia normativa delle confessioni religiose\**

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari su norme statali e norme di soggetti diversi da quello statale. - 2. Il sistema delle fonti del diritto e i nuovi principi sulle autonomie normative dopo l'entrata in vigore della costituzione repubblicana. - 3. I rapporti tra ordinamento giuridico statale e ordinamento giuridico sportivo. - 4. Atti espressione di autonomie normative e loro eventuale contrasto con norme e principi statali. - 5. L'autonomia delle confessioni religiose nella costituzione. - 6. L'autonomia statutaria delle confessioni religiose diverse dalla cattolica. - 7. Il problema dei limiti alle libertà delle confessioni religiose diverse dalla cattolica. - 8. Carattere generale del limite all'autonomia statutaria delle confessioni religiose.

### *1. Considerazioni preliminari su norme statali e norme di soggetti diversi da quello statale*

Se consideriamo l'elencazione delle fonti del diritto contenuta nell'art. 1 delle preleggi, possiamo valutare quanto scarna sia questa norma, che fa riferimento alle leggi, ai regolamenti, con particolare riguardo ai regolamenti del governo ai sensi della legge n. 100 del 1926, agli usi e alle norme corporative. Alla fine degli anni trenta, quando è stata approvata l'importante disposizione legislativa, tuttora vigente, contenuta nel primo articolo delle "disposizioni sulla legge in generale", non era certo inesistente il profilo delle valutazioni del diritto prodotto da soggetti diversi dallo Stato.

Deve essere qui ricordata, per limitarci alla sola esperienza italiana, l'importanza del contributo offerto da Santi Romano e Widar Cesarini Sforza, due studiosi che, con due libri piccoli per mole ma di grande rilievo dal punto di vista della ricerca scientifica – *L'ordinamento giuridico* e *Il diritto dei privati* –, pubblicati il primo nel

---

\* In AA.VV., *Studi in onore di Gaetano Catalano*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1998, pp. 871-95.

1918 e il secondo nel 1929, ebbero il merito di esaminare alcune tra le interessanti questioni riguardanti il diritto non proveniente dallo Stato. In questi due importanti lavori vi è una forte polemica contro la concezione strettamente statale del diritto: una polemica cioè nei confronti dell'idea che il concetto di diritto sia necessariamente collegato a quello di Stato, come se il diritto provenisse solamente dall'ente Stato.

Può essere utile ricordare le prime parole con le quali ha inizio il contributo di Cesarini Sforza sul “diritto dei privati”:

Una prima e sintetica indicazione di ciò che intendiamo significare con le parole poste a titolo del presente studio, può essere data dicendo che il diritto dei privati è quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo in mancanza, o nell'insufficienza, della legge statale<sup>1</sup>.

Ma subito dopo, l'autore, rendendosi conto che è opportuna una precisazione, rileva

Ma a colpo d'occhio si vede che codesta definizione in tanto ha un senso in quanto si ammetta la dissociabilità dei due concetti, di diritto e di Stato, modernamente congiunti nel pensiero del giurista<sup>2</sup>.

Cesarini Sforza si rendeva ben conto che, nel pensiero dei giuristi dell'epoca, queste due espressioni di “diritto” e di “Stato” erano congiunte e non erano facilmente dissociabili. Ed il suo contributo parte proprio da questa considerazione di una dottrina giuridica maggioritaria, quasi unanime, nella quale tra i due termini di “diritto” e di “Stato” si riteneva si dovesse ravvisare una totale coincidenza.

Come giustamente osserva Salvatore Romano, nella prefazione all'edizione del 1963 del libro di Cesarini Sforza, e la stessa osservazione potrebbe formularsi per il libro di Santi Romano sull'ordinamento giuridico, il volume su *Il diritto dei privati*, subito dopo la sua

---

<sup>1</sup> W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), II ed., Milano 1963, p. 3.

<sup>2</sup> *Op. ult. cit.*, p. 3.

pubblicazione nel 1929, suscitò notevoli consensi ed elogi<sup>3</sup>: tuttavia erano consensi di carattere più esteriore che reale, proprio a causa dell'abitudine che si aveva in quel periodo di ritenere che il diritto, il "vero" diritto fosse quello dello Stato e che dunque soltanto studiosi impegnati nel definire il carattere astratto delle norme giuridiche potessero sostenere, a livello teorico, ma senza conseguenze concrete, la configurazione di un diritto proveniente da soggetti diversi dallo Stato.

Come è noto, la possibilità di concepire ordinamenti giuridici diversi dallo Stato era alla base del volume sugli ordinamenti giuridici di Santi Romano: e non mi soffermo in questa sede nel considerare la grande importanza che l'opera di questo autore ha avuto nella storia del pensiero giuridico moderno<sup>4</sup>.

## *2. Il sistema delle fonti del diritto e i nuovi principi sulle autonomie normative dopo l'entrata in vigore della costituzione repubblicana*

Le concezioni dominanti a proposito del rapporto tra norme giuridiche e norme statali entrano in crisi in Italia con l'entrata in vigore della costituzione del 1948. In tema di fonti del diritto la costituzione dell'Italia democratica determina una vera e propria rivoluzione, un autentico sconvolgimento del sistema.

D'altra parte, come ha giustamente osservato Gustavo Zagrebelsky,

Il sistema delle fonti di diritto esprime i caratteri dei rapporti sociali. La complessità del primo è in diretta connessione con la complessità dei secondi. Ogni fonte del diritto è espressione di un processo di integrazione politica di forze sociali: tanto più la società è complessa, tanto più

---

<sup>3</sup> S. ROMANO, *Presentazione* a W. CESARINI SFORZA, *op. ult. cit.*, p. V, il quale osserva: «In realtà l'opera era anticipatrice, e la dottrina del tempo non offriva i criteri più idonei ad una valutazione adeguata di un contenuto così innovatore».

<sup>4</sup> Per il concetto di "ordinamento", inteso come "ordinamento statutario", cioè di ordinamento giuridico distinto dall'ordinamento generale, cfr. M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 8 (1958), p. 232; V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, Milano 1958. Con particolare riferimento al diritto ecclesiastico, cfr., sul pensiero di Santi Romano, F. FINOCCHIARO, *Santi Romano e il diritto ecclesiastico*, in *Dir. eccl.*, 85 (1975), I, p. 173.

differenziate e quindi numerose saranno le fonti del diritto e complicato sarà il sistema che ne esprime l'ordine complessivo<sup>5</sup>.

Per ricordare soltanto i più significativi elementi di novità rispetto al passato della nuova concezione costituzionale del sistema delle fonti del diritto, mi limito a ricordare i due aspetti per i quali il sistema costituzionale delle fonti giuridiche rende completamente superato quello vecchio, contemplato nel già ricordato articolo 1 delle disposizioni preliminari al codice civile. Il primo elemento di novità si riferisce ai nuovi criteri rilevanti in tema di fonti del diritto; la "rigidità" della costituzione<sup>6</sup>, il principio di legalità<sup>7</sup>, il principio delle riserve di legge<sup>8</sup>, i principi della "gerarchia" e della "competenza", che Vezio Crisafulli individua per primo<sup>9</sup>, ma poi molti costituzionalisti esaminano in importanti contributi come criteri da considerare insieme per potere valutare il tema della classificazione delle fonti del diritto nella nuova situazione seguita all'entrata in vigore della carta costituzionale del 1948. Questo è un primo aspetto, collegato alla valutazione dei principi rilevanti alla luce della costituzione, che sono completamente diversi rispetto al passato, perché diverso è il quadro normativo.

Il secondo aspetto fa riferimento a quella che è la "indicazione" delle fonti del diritto. Di fronte alle poche e scarse indicazioni di quali potessero e dovessero considerarsi fonti del diritto nel sistema codicistico del 1942, si sostituisce la concezione per la quale alle fonti del diritto previste dalle preleggi si aggiungono tutte le altre fonti del

---

<sup>5</sup> G. ZAGREBELSKY, *Sistema delle fonti del diritto*, in *Enciclopedia del diritto e dell'economia*, II ed., Milano 1987, p. 1213.

<sup>6</sup> Sulle nozioni di costituzione rigida e di costituzione flessibile, v. C. PINELLI, *Costituzione rigida e costituzione flessibile nel pensiero dei costituenti italiani*, Milano 1981; A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Padova 1995; ID., *In difesa della "naturale" rigidità delle Costituzioni scritte*, in *Giur. cost.*, 40 (1995).

<sup>7</sup> Cfr. tra gli altri sul tema S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, 23 (1973), pp. 659-703.

<sup>8</sup> Cfr. tra gli altri F. SORRENTINO, R. BALDUZZI, *Riserva di legge*, *ivi*, 40 (1989), pp. 1207-1227.

<sup>9</sup> V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 10 (1960), p. 775 e in *Studi Zanobini*, Milano, 3 (1965), pp. 171-208.

diritto che sono espressione delle autonomie normative riconosciute dal costituente. Il discorso in proposito potrebbe naturalmente essere molto lungo, se ci si proponesse di valutare in modo esauriente quale effettivo significato possano assumere le varie figure di "autonomia normativa" previste nella nostra costituzione.

Il primo dato che dobbiamo ricordare, in una valutazione necessariamente sintetica della questione, è che vi sono delle autonomie normative espressamente riconosciute nella costituzione nei confronti delle cosiddette formazioni sociali, ai sensi dell'art. 5 cost., che contiene un principio che è necessario coordinare con le disposizioni costituzionali in materia di regioni, province e comuni: vi sono dunque le autonomie degli enti territoriali con riferimento alle quali nota è l'importanza delle più recenti novità legislative (cfr., in particolare, la legge n. 142 del 1990).

Ma gli enti territoriali sono soltanto alcune delle numerose formazioni sociali nei confronti delle quali il problema deve essere esaminato. Per fare un'elencazione sia pure sommaria, sarebbe necessario esaminare le varie forme di pluralismo sociale. Mi riferisco naturalmente alla fondamentale disposizione di principio contenuta nell'art. 2 cost., nella quale è proclamato l'impegno della repubblica italiana di riconoscere e di garantire i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità.

Le prime tra le formazioni sociali considerate nella costituzione sono le confessioni religiose (artt. 7 e 8). Il costituente non si limita a considerare il solo problema dell'autonomia della chiesa cattolica, ma ritiene essenziale valutare la nuova posizione che assumono nel sistema costituzionale gli ordinamenti delle confessioni religiose diverse dalla cattolica: queste hanno un'autonomia normativa, giacché l'art. 8 comma 2 cost. prevede il principio che esse siano libere di organizzarsi secondo i propri "statuti", in quanto questi statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano e l'art. 8 comma 3 stabilisce, in particolare, che i rapporti tra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica siano regolati per la legge dello Stato sulla base di intese con le rispettive rappresentanze. Per un periodo assai lungo (trentasei anni!) il principio dell'autonomia normativa delle confessioni religiose diverse dalla cattolica contemplato nel terzo comma dell'art. 8 cost. non ha trovato attuazione: soltanto nel 1984 si è posta, a livello di diritto positivo, la configurazione di diritti confessionali

che trovano un riconoscimento attraverso lo strumento della legge unilaterale dello Stato, emanata però “sulla base” di intese con le rappresentanze delle varie confessioni religiose.

Assai numerosi sono i temi che riguardano il collegamento fra i diritti autonomi delle confessioni religiose di minoranza e il diritto dello Stato: il diritto comune dello Stato rimane pur sempre un diritto applicabile, sia come diritto generale rilevante nei confronti di tutte le confessioni religiose, sia come diritto esclusivo applicabile rispetto a quelle confessioni religiose che o non vogliono o non possono ottenere di stipulare un’intesa con lo Stato. Vi è dunque il problema, di non facile soluzione, dei rapporti tra diritti confessionali e diritto statale come diritto comune per tutti i soggetti.

Nella costituzione sono anche previste le autonomie normative della scuola. Nell’art. 33 comma 3 è contemplata la norma che consente l’istituzione di scuole private («senza oneri per lo Stato»); nel comma 6 della stessa disposizione è previsto il principio di autonomia delle università, che anch’esso solo di recente ha trovato attuazione.

Le autonomie normative costituzionalmente rilevanti devono naturalmente essere esaminate alla luce dei principi costituzionali riguardanti i sindacati, i partiti politici e la comunità di lavoro: con riferimento a tali istituzioni molti ed importanti sono i contributi elaborati dagli studiosi di diritto costituzionale e di diritto del lavoro nel periodo successivo all’entrata in vigore della costituzione repubblicana.

Un altro aspetto che deve essere considerato a proposito della rivoluzione determinata dall’entrata in vigore della costituzione nei confronti del vecchio sistema delle fonti del diritto è quello riguardante le fonti del diritto che vengono prodotte al di fuori dello Stato e le fonti del diritto sovranazionale. Mi riferisco sia alle fonti del diritto internazionale generale e pattizio (il rinvio alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute trova nella costituzione uno specifico riferimento nell’art. 10 comma 1), sia alle cosiddette fonti comunitarie, che hanno reso necessario estendere l’analisi del tema delle fonti del diritto ad una serie di novità inimmaginabili nel precedente sistema che credeva nel dogma della in dissolubilità tra diritto e Stato. Ricordo inoltre che, secondo alcune concezioni, vi sono poi ulteriori fonti del diritto, come per esempio quelle prodotte a seguito di referendum abrogativo. Voglio qui ricordare che in questa

sede faccio esclusivo riferimento a fonti del diritto ulteriori rispetto a quelle o indicate nelle disposizioni preliminari al codice civile o collegate ad organi dello Stato e non considero il tema dell'autonomia normativa del parlamento. Così come non esamino qui la questione, di grande importanza e di notevole complessità, se possano ritenersi fonti del diritto il precedente giudiziario e la dottrina<sup>10</sup>.

Un problema di notevole interesse, al quale occorre fare qui riferimento, è quello del collegamento tra le norme "giuridiche" e tutto quell'insieme di norme, della morale, della religione, dell'etica sociale, che assumono sempre maggiore importanza nella definizione del sistema normativo attualmente vigente: è noto quanto numerose e di difficile soluzione siano le questioni da considerare ove si intenda valutare la possibilità di dare riconoscimento a queste norme, che non sono norme "giuridiche", nel senso tradizionale del termine.

Voglio qui ricordare un tema che mi è caro, quello relativo al "riconoscimento" delle cosiddette obiezioni di coscienza<sup>11</sup>. È noto che nel diritto positivo sono stati introdotti alcuni principi che consentono di fare ricorso alla coscienza, al fine di ottenere che le scelte di coscienza abbiano nel sistema una priorità rispetto alla legge dello Stato.

I problemi delle relazioni tra norme giuridiche e norme di carattere religioso o etico o sociale sono molti e difficili. Può essere qui ricordata la grande importanza che assume il tema dei conflitti di lealtà che si determinano in Italia, a seguito della proposta, legislativamente accolta, di sancire a livello normativo il principio che consente di risolvere alcuni tra i conflitti di lealtà che possono riguardare i soggetti "appartenenti" a diversi ordinamenti<sup>12</sup>. Conflitti che si presentano nelle situazioni in cui un cittadino è chiamato dal proprio ordinamento confessionale a rispettare un impegno che gli proviene dall'esigenza di conformarsi ad una norma della propria confessione religiosa che contrasta, o può comunque contrastare, con una o più norme dettate dall'ordinamento giuridico statale.

---

<sup>10</sup> V. tra gli altri sul punto E. GIANNANTONIO, *Dottrina e giurisprudenza come "fonti del diritto"*, in *Giur. it.*, 143 (1991), n. 10, IV, c. 375 ss.

<sup>11</sup> Mi sia consentito rinviare al mio volume *Coscienza e libertà. Principi costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Bologna 1989.

<sup>12</sup> Per una precisazione del concetto di "appartenenza" ad un ordinamento rinvio a S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano 1967, pp. 105 ss.

La prospettiva diventa particolarmente delicata se si considera che in molte delle leggi emanate sulla base di intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica vi è un esplicito riconoscimento della possibilità di fare ricorso a quella che può genericamente definirsi un'obiezione di coscienza. Si considerino per esempio il riconoscimento del diritto di non lavorare il sabato e le note questioni che si pongono a proposito della richiesta di vedere riconosciuto il diritto ad opporsi a trasfusioni di sangue, che non sono consentite per i testimoni di Geova. È evidente che si può determinare una disparità tra coloro che vedono riconosciuto in un'intesa un determinato diritto ad utilizzare questo riferimento alla propria coscienza, nei confronti di coloro che, non avendo la confessione di appartenenza stipulato un'intesa con lo Stato, non possono vedere riconosciuta questa loro eventuale esigenza<sup>13</sup>.

### 3. *I rapporti tra ordinamento giuridico statale e ordinamento giuridico sportivo*

Tra i problemi particolarmente delicati da considerare con riferimento alla tematica del rapporto tra norme giuridiche dello Stato e norme provenienti da soggetti diversi dallo Stato, è opportuno anche ricordare la questione dei rapporti tra ordinamento giuridico statale e ordinamento giuridico sportivo. Cesarini Sforza, nel 1933<sup>14</sup> e, poi, Massimo Severo Giannini nel 1949<sup>15</sup> avevano avuto modo di inter-

---

<sup>13</sup> È questo il problema della c.d. confessioni «senza intesa», sulle quali può vedersi S. LARICCIA, *Coscienza e libertà*, cit., pp. 150-159.

<sup>14</sup> Cfr. il suo celebre contributo su *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 58 (1933), I, 1, cc. 1381-1400, nel quale l'a. commenta una sentenza delle sezioni unite della cassazione del 27 luglio 1933 (*ivi*, cc. 1380-1400) su un conflitto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa e una sentenza della sezione terza della cassazione (12 dicembre, *ivi*, cc. 1401-1407) sulla configurazione soggettiva del Jockey Club Italiano.

<sup>15</sup> M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sportivo*, 1 (1949), pp. 10 ss.; *Id.*, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del primo congresso di sociologia*, IV, Roma 1951; *Id.*, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, cit., p. 219. L'a. è ritornato di recente sull'argomento nel saggio *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 46 (1996), n. 3, pp. 671-677.

venire tra i primi, con contributi scientifici di grande interesse, sul tema delle relazioni tra ordinamento statale e ordinamenti sportivi.

Recentemente, sono state emesse alcune decisioni del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in una delle quali viene affermato questo principio, da valutare alla luce delle considerazioni che occorre fare a proposito dei rapporti tra norma giuridica e norma statale:

Gli atti di esclusione e di non iscrizione di una società sportiva in un torneo o in un campionato cui partecipano gli altri sodalizi affiliati alle federazioni costituiscono esplicazione non di poteri pubblici di tali federazioni ma della loro autonomia organizzativa e tecnica riconosciuta al fine di un ordinato e corretto svolgimento delle competizioni sportive<sup>16</sup>.

La conclusione di tale premessa, affermata con riferimento al ricorso presentato dalla squadra di calcio del Catania, è che su tali atti, la cui efficacia si esaurisce all'interno dell'ordinamento sportivo, non può essere riconosciuta la giurisdizione del giudice amministrativo.

Nella rivista da cui ho tratto questa massima, *Il Foro italiano*, è pubblicato un commento nel quale si esprimono perplessità sulla validità di questo principio e si afferma:

Qualsiasi processo di rafforzamento delle autonomie, anche il più esteso, non può mai importare l'abbandono, da parte dell'ordinamento statale, del nucleo di regole e principi fondamentali che, per il loro carattere unificante, non sopportano limitazioni di alcun genere e la cui rinuncia si traduce in una negazione delle funzioni e dei poteri sovrani dello Stato.

#### *4. Atti espressione di autonomie normative e loro eventuale contrasto con norme e principi statali*

Il tema esaminato dalla giurisprudenza amministrativa nella fattispecie sopra ricordata è quello consistente nel precisare le possibilità

---

<sup>16</sup> *Foro it.*, 119 (1994), III, c. 512.

di riconoscere delle autonomie anche nel caso in cui gli atti espressi nell'ambito di tale autonomia contrastino con principi fondamentali o con norme di diritto positivo dello Stato. È questo un argomento con riferimento al quale occorre diffidare da soluzioni drastiche e definitive.

Certo non si può dimenticare che molto spesso il riconoscimento indifferenziato delle autonomie significa sì realizzazione del fondamentale valore delle libertà, ma troppo spesso si traduce in una riduzione di valori altrettanto importanti, qual è, tra gli altri, quello contenuto nell'art. 3 cost. in materia di uguaglianza giuridica dei cittadini.

Purtroppo sono assai numerose le ipotesi nelle quali il riconoscimento dell'autonomia di un gruppo sociale determina una lesione dei diritti individuali di coloro che fanno parte del gruppo al quale è stata riconosciuta l'autonomia collettiva e la capacità di autodeterminarsi; un altro pericolo è che il riconoscimento di una forte autonomia nei confronti di uno o di più gruppi sociali possa determinare una incidenza sul valore del pari trattamento nei confronti di altri gruppi sociali non riconosciuti meritevoli di ottenere la stessa autonomia. Lo Stato deve porsi con le proprie leggi a garanzia del rispetto dei principi che assicurano i diritti di coloro che sono i soggetti destinatari delle norme dell'ordinamento giuridico.

Non vi è dubbio che il riconoscimento di un'ampia sfera di autonomie normative tende a realizzare un sistema che guarda con favore al pluralismo giuridico, che valuta con fiducia le esigenze di autodeterminazione, di decentramento e di autonomia dei soggetti. Bisogna però considerare che la legge generale dello Stato, la legge proveniente dall'ordinamento statale unitario conserva una sua importante funzione nel sistema e pone come imprescindibile l'esigenza di rispetto non soltanto delle norme giuridiche, ma di quelli che si chiamano i principi generali, i principi fondamentali dell'ordinamento.

L'esigenza di non abbandonare il singolo all'arbitrio dei gruppi assume grande importanza perché sono noti i soprusi che possono essere commessi nel momento in cui i cittadini non sono in grado di rivolgersi al giudice dello Stato. Non molto tempo fa, con riferimento ad un grave episodio avvenuto all'interno della comunità di cui era coordinatore Muccioli, ho avuto occasione di ribadire l'importanza

che nel momento presente assume tale esigenza a proposito del rispetto dei diritti di coloro che entrano in una comunità terapeutica. In proposito si è sostenuta la tesi, che a mio avviso deve essere contestata con fermezza, che afferma che tali comunità sono immuni dall'intervento esterno dello Stato, giacché nei confronti di coloro che sono ospitati al loro interno, si richiede l'applicazione di tecniche e di metodi particolari che in certi casi possono rendere impossibile il rispetto integrale dei diritti e delle garanzie di coloro che ne fanno parte.

Questa idea, che vi siano, all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato determinati gruppi immuni dall'ingerenza e dal controllo degli organi statali, esprime una concezione alla quale io guardo con molta preoccupazione, per il giustificato timore che siano sempre più frequenti le occasioni nelle quali vengano violate le norme poste a garanzia degli interessi di tutti i soggetti operanti nell'ordinamento.

##### *5. L'autonomia delle confessioni religiose nella costituzione*

Nei confronti delle confessioni religiose il vigente ordinamento costituzionale riconosce un triplice ambito di potestà normativa: il primo è quello che riguarda la professione della fede religiosa, in relazione alla quale le confessioni religiose operanti in Italia sono pienamente libere, ai sensi dell'art. 19 cost.; il secondo è quello relativo ai rapporti fra lo Stato e le confessioni religiose, rispettivamente disciplinati – ai sensi degli art. 7 comma 2 e 8 comma 3 cost. – per quanto attiene alla chiesa cattolica, dai patti lateranensi del 1929 e dal patto di villa Madama stipulato tra l'Italia e la santa sede il 18 febbraio 1984 (reso esecutivo con l. 25 marzo 1985, n. 121) e, per quanto si riferisce alle confessioni religiose diverse dalla cattolica, dalle leggi emanate sulla base delle intese da esse stipulate con lo Stato italiano; il terzo ambito, infine, è quello che attiene all'organizzazione delle persone e dei beni necessari per lo svolgimento del culto di ciascuna confessione religiosa.

Il riconoscimento dell'autonomia statutaria<sup>17</sup> è costituzionalmente

---

<sup>17</sup> Dal punto di vista dell'ordinamento italiano devono ritenersi normalmente irrilevanti le disposizioni del diritto canonico, quando esse non rientrino nella materia «statutaria, ma riguardino invece la materia c. d. "spirituale", salvo che il diritto italiano

previsto nell'art. 7 comma 1 cost. nei confronti della chiesa cattolica<sup>18</sup> e nell'art. 8 comma 2 cost. nei confronti delle confessioni religiose diverse dalla cattolica.

Il legislatore costituzionale ha previsto nei confronti delle confessioni religiose e, in genere, delle formazioni sociali con finalità religiosa, una autonomia più ampia rispetto a quella contemplata nel diritto vigente nel regime fascista, quando l'intera vita sociale era stata assorbita nello Stato, che tendeva a controllare ogni iniziativa ritenuta rilevante, per orientarla verso le finalità considerate più opportune. Nel vigente ordinamento costituzionale può parlarsi di un principio di autodeterminazione degli interessi religiosi, nel senso che i fedeli delle varie confessioni sono considerati uno strumento di partecipazione attiva alla vita dei gruppi sociali religiosi: attribuire determinati poteri agli organi di governo delle varie confessioni religiose significa consentire ai fedeli di partecipare alle rispettive deliberazioni, in modo che queste siano o appaiono una libera determinazione del loro volere<sup>19</sup>. Il costituente, volendo attuare, anche in materia confessionale, il principio di autodeterminazione collettiva degli interessi, ha riconosciuto la rilevanza giuridica di tutte le formazioni sociali con finalità religiosa.

Tuttavia, se il potere di autonomia è stato riconosciuto nella costituzione ad ogni associazione di culto, non vi è dubbio che tra le varie formazioni sociali a carattere religioso, le confessioni religiose meri-

---

faccia esplicito rinvio ad esse»: cfr. sul punto F. FINOCCHIARO, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, *Principi fondamentali. Art. 1-12, sub art. 7*, Bologna-Firenze, Zanichelli-Il Foro italiano, 1975, pp. 340 ss. In senso contrario App. Firenze, 25 ottobre 1958, in *Foro it.*, 84 (1959), II, C. 24 ss.

<sup>18</sup> Per quanto riguarda il complesso problema dell'autonomia statutaria della confessione cattolica, implicitamente garantita mediante il più ampio riconoscimento della chiesa cattolica come ente «indipendente» e «sovrano» (art. 7 comma 1 cost.), rinvio a G. CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa. Contributo all'interpretazione sistematica dell'articolo 7 della Costituzione*, II ed., Milano 1974, p. 20. Possono anche vedersi sul tema le mie due voci *Giurisdizione ecclesiastica*, in *Enc. dir.*, 19 (1967), pp. 469-489 e *Stato e Chiesa cattolica: rapporti tra*, *ivi*, 43 (1990), pp. 890-924. V. inoltre di recente F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, IV ed., Bologna 1995, spec. cap. 4; C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna 1996, spec. cap. II.

<sup>19</sup> Può vedersi in proposito S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, *cit.*, pp. 93 ss.

tino un'attenzione particolare, in quanto si tratta dei gruppi religiosi nei confronti dei quali ricorre con maggiore intensità quel requisito dell'organizzazione il quale, se non vale a differenziare qualitativamente e giuridicamente le confessioni religiose dalle altre formazioni sociali religiose<sup>20</sup>, si presenta, però, in taluni casi, con estremi di tale evidenza che lo Stato-persona ritiene opportuno conferire rilevanza, nell'ordinamento statale, ai poteri delle autorità sociali dei gruppi religiosi ed alle attività svolte dalle potestà religiose nei confronti dei membri delle varie confessioni.

Il problema dell'autonomia delle confessioni religiose assume un'importanza fondamentale da un punto di vista pratico, oltre che teorico, in quanto

per tutti i credenti di ogni fede e credo non si dà libertà religiosa individuale ove sia conculcata e ostacolata la libertà collettiva della comunità confessionale a cui si è aderito<sup>21</sup>.

Le confessioni religiose costituiscono alcuni tra i più importanti gruppi sociali entro i quali si svolge la personalità individuale dei soggetti privati e, al pari degli altri gruppi immuni dall'ingerenza degli organi statali, rappresentano la fonte indispensabile della capacità di libertà dei consociati. È per questa ragione che il vigente ordinamento riconosce una sfera di autonomia costituzionale nei confronti di quelli che possono qualificarsi gli enti esponenziali delle collettività religiose, ai quali il costituente ha riconosciuto, nei limiti della competenza attribuita dallo Stato e secondo i controlli stabiliti dall'ordinamento generale, il potere di rappresentare, nella realtà giuridica, gli interessi collettivi dei rispettivi fedeli<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Per alcune considerazioni critiche a proposito della tesi favorevole ad ammettere una distinzione tra confessioni e associazioni religiose può vedersi S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, cit., pp. 151-55; ID., *Diritto ecclesiastico* III ed., Padova 1986, pp. 102-108.

<sup>21</sup> P.A. D'AVACK, *La Chiesa cattolica nell'ordinamento statale italiano*, in *Libertà religiosa e trasformazioni della società* (AA.VV.), *Quaderni di Iustitia*, n. 16, Milano 1966; pp. 100 ss., specialmente p. 120.

<sup>22</sup> Come si è osservato, «la singolarità della vigente disciplina costituzionale si concreta nel fatto che – oltre a confermare nel modo più ampio la garanzia dell'ambito

Per quanto in particolare si riferisce alle confessioni religiose diverse dalla cattolica, è sempre opportuno ricordare che il trattamento riservato da uno stato alle organizzazioni sociali di minoranza è il terreno più sicuro per misurare lo spirito democratico di un ordinamento. Il sistema adottato dal legislatore costituzionale per disciplinare la posizione giuridica delle confessioni religiose diverse dalla cattolica è fondato sull'indiscutibile presupposto dell'esistenza e dell'importanza delle formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità individuale: non vi è dubbio pertanto che i principi dell'art. 8 cost., che riguardano le minoranze religiose in Italia, debbano necessariamente collegarsi alla norma dell'art. 2 cost.

#### 6. *L'autonomia statutaria delle confessioni religiose diverse dalla cattolica*

Nell'art. 8 comma 2 cost. il costituente ha riconosciuto alle confessioni diverse dalla cattolica il potere di autodeterminazione, cioè il potere di porre norme efficaci anche nei confronti dello Stato, mediante l'autonoma organizzazione secondo statuti interni alle singole confessioni.

Un problema che si è posto a proposito della norma contenuta nell'art. 8 comma 2 cost. è quello relativo ai soggetti nei confronti dei quali il costituente ha riconosciuto il potere di autodeterminazione. Un autore che, nel primo periodo di applicazione delle disposizioni costituzionali, ha dedicato una particolare attenzione al tema della autonomia delle confessioni religiose nel vigente ordinamento costituzionale ha osservato che per potere parlare di una confessione soggetta

---

individuale della libertà religiosa in quanto rientrante nei diritti fondamentali della personalità (diritti individuali di libertà religiosa) – tutela la sfera di autonomia di tutte le comunità o gruppi sociali a carattere religioso riconoscendo loro una condizione giuridica speciale. Ed è questo [...] uno degli aspetti più moderni e originali della nuova Costituzione, la quale – essendosi proposta di non modificare la regolamentazione singolare a favore della Chiesa cattolica – ha elevato la posizione giuridica di tutte le altre comunità a finalità religiosa al fine di tutelare in modo nuovo le manifestazioni sociali del culto, preservandole il più possibile dall'ingerenza del potere esecutivo»: P. GIMONDI, *La posizione della Chiesa cattolica e delle altre confessioni nel diritto costituzionale ai fini della tutela penale*, in *Giur. cost.*, 2 (1957), pp. 1209 ss., specialmente p. 1213.

alla speciale disciplina dell'art. 8, è necessario trovarsi in presenza di una comunità avente esclusiva finalità religioso-trascendentale che si dia una propria organizzazione e normazione scritta da cui desumere i rappresentanti e sia consolidata nella tradizione italiana<sup>23</sup>; ove si accettasse tale opinione, ne deriverebbe come conseguenza che un gruppo, per esempio, di musulmani riunitisi in Italia per finalità religiose o un gruppo di dissidenti di una determinata comunità religiosa non darebbero vita, nel nostro ordinamento, ad una confessione religiosa, ma soltanto ad un'associazione con fine di culto in base all'art. 19 cost. e non potrebbe quindi chiedere la instaurazione di intese con lo Stato, ai sensi dell'art. 8 comma 3 cost.: una conclusione che, non soltanto non appare condivisibile dal punto di vista teorico, ma è anche smentita dall'esperienza che ha recentemente indotto ad affrontare il problema della stipulazione di un'intesa tra lo Stato italiano e i gruppi islamici<sup>24</sup>.

La distinzione tra confessioni ed associazioni religiose non pare possa accogliersi, in quanto vaghi ed indeterminati sono i criteri proposti per giustificarla<sup>25</sup>. La libertà di organizzarsi implica anche quella di non volersi dare una organizzazione istituzionale e la tesi favorevole a distinguere, nell'ambito dei gruppi sociali con finalità religiosa, le confessioni organizzate da quelle prive di un'adeguata organizzazione si risolve in un'arbitraria limitazione del diritto all'eguale libertà davanti alla legge, riconosciuto e garantito, nell'art. 8 comma 1 cost., nei confronti di «tutte le confessioni religiose».

Il costituente ha ipotizzato, in via generale, che le confessioni diverse dalla cattolica diano vita a degli ordinamenti giuridici, ma non ha avuto la pretesa di esigere, per ritenere applicabile l'art. 8 cost., che esse diano sempre vita ad ordinamenti giuridici, in quanto tale pretesa potrebbe porsi in contrasto con le esigenze e le aspettative

---

<sup>23</sup> P. GISMONDI, *L'autonomia delle confessioni acattoliche*, in *Foro it.*, 86 (1962), IV, c. 87 55.; Id., *Culti acattolici*, in *Enc. dir.*, 11 (1962), pp. 440-55.

<sup>24</sup> Cfr. sul punto S. FERRARI (a cura di), *L'Islam in Europa. Lo statuto giuridico delle comunità musulmane* (Atti di un convegno sul tema svoltosi a Como nel giugno 1995, per iniziativa dell'Università degli Studi di Milano), Bologna 1996; S. ALLIEVI, *Un'intesa per l'Islam italiano*, in *il Mulino*, 45 (1996), n. 5 (367), pp. 985-98.

<sup>25</sup> Cfr. però quanto osserva in contrario F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 71.

di quelle confessioni religiose che volessero mantenersi al livello di semplici comunità spirituali<sup>26</sup>.

Giustamente si è in proposito osservato che

l'organizzazione "secondo i propri statuti" è un "diritto" delle confessioni, non un obbligo e neppure un onere (al fine di stipulare le intese, di cui al terzo comma dell'art. 8)<sup>27</sup>.

Tale precisazione è importante, perché consente di ritenere che il fine della disposizione contenuta nell'art. 8 comma 2 cost. non è quello di condizionare alla sussistenza dello statuto il riconoscimento di un gruppo religioso come "confessione" e la possibilità di stipulare intese con lo stato italiano, bensì quello di garantire che, ove l'organizzazione sia disciplinata con statuti, questi vengono riconosciuti dall'ordinamento statale in tutta la loro ampiezza (salvo il limite, contemplato nell'art. 8 comma 2 cost., dell'«ordinamento giuridico italiano»), senza che i pubblici poteri possano esigere di assumere un'ingerenza nell'organizzazione interna delle confessioni.

## 7. *Il problema dei limiti alle libertà delle confessioni religiose diverse dalla cattolica*

Una questione che ha assunto grande rilievo sin dall'entrata in vigore della costituzione repubblicana è quella consistente nel deter-

---

<sup>26</sup> Sui complessi problemi relativi alla precisazione della nozione di confessione religiosa cfr. in particolare *Le intese tra Stato e confessioni religiose. Problemi e prospettive* (AA.VV.) a cura di C. MIRABELLI, Milano 1978; C. CARDIA, *Confessioni religiose e RAI-TV (Considerazioni preliminari)*, in AA.VV., *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica* (Atti del II convegno nazionale di diritto ecclesiastico, Siena 27-29 novembre 1980), Milano 1981, pp. 215 ss., spec. p. 241, che tratta l'importante ed attuale problema del diritto di accesso alla rai-tv; S. LARICCIA, *L'attuazione dell'art. 8, 3° comma, della costituzione: le intese fra lo stato italiano e le chiese rappresentate dalla Tavola valdese*, in *Dir. eccl.*, 94 (1984), I, pp. 467 ss.; G. PEYROT, *Condizione giuridica delle confessioni religiose prive di intesa*, *ivi*, pp. 619 ss.; F. FINOCCHIARO, *Libertà religiosa (dir. can.)*, in *Enc. giur.*, 19 (1990), spec. pp. 5-6; *Id.*, *Libertà di coscienza e di religione (dir. eccl.)*, *ivi*, spec. pp. 5 ss.; C. CARDIA, *Manuale*, cit., spec. pp. 287 ss.

<sup>27</sup> N. COLAIANNI, *Statuti delle confessioni religiose*, in *Enc. giur.*, 30 (1993).

minare i limiti previsti dalla costituzione con riferimento agli statuti delle confessioni religiose diverse dalla cattolica. Tale questione è collegata all'interpretazione di una disposizione costituzionale, quella dell'art. 8 comma 2, che è destinata ad acquistare sempre maggiore importanza, in relazione al principio della eguale libertà di tutte le confessioni religiose davanti alla legge, contemplato nel primo comma dello stesso articolo.

Al potere esecutivo spetta il compito di accertare che gli «statuti» delle confessioni religiose diverse dalla cattolica non contrastino con l'«ordinamento giuridico italiano»: questa è la condizione posta espressamente nell'art. 8 comma 2 cost. per il riconoscimento del diritto di organizzarsi contemplato nella disposizione costituzionale. Per evitare una sorta di discriminazione che apparirebbe come un ingiusto sospetto o almeno una minorazione che non può certo essere opportuna, fu presentato in Assemblea costituente un emendamento inteso a sopprimere la riserva del non contrasto degli statuti confessionali delle minoranze religiose con l'ordinamento giuridico italiano<sup>28</sup>: ma l'emendamento non venne approvato.

L'espressione (ordinamento giuridico italiano) contenuta nella norma costituzionale è ampia ed indeterminata nel suo contenuto e non è quindi consentito indicare con una formula precisa che cosa realmente si intenda per contrasto con l'ordinamento giuridico statale: competerà alla pubblica amministrazione il potere di determinare, caso per caso, se il suddetto contrasto sussista o meno. In uno dei primi commenti alla disposizione costituzionale dell'art. 8 comma 2 cost. si è osservato che, poiché nella norma dell'art. 8 non si fa riferimento all'ordine pubblico, non si può ritenere che tale limite, espressamente escluso dall'art. 19 cost., sia rientrato con il secondo comma dell'art.

---

<sup>28</sup> L'emendamento, firmato anche dagli on. Laconi e Teresa Mattei, fu presentato dall'on. G. Pajetta nella seduta del 25 marzo 1947: il testo dell'emendamento e le considerazioni con le quali i proponenti lo giustificavano possono leggersi in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, I, Sedute dal 25 giugno 1946 al 16 giugno 1947, Roma, 1970, p. 627. L'on. Pajetta osservava tra l'altro: «Pensiamo che, quanto poteva essere richiesto dallo Stato onde cautelarsi, per quello che si riferisce all'ordine pubblico e al buon costume, è previsto a sufficienza dall'articolo 14. Mantenere la dizione proposta nel progetto di Costituzione, vorrebbe dire porre in una condizione particolare le altre confessioni religiose [...]».

8<sup>29</sup>. Non vi è dubbio che, poiché rappresenta carattere intrinseco dello stesso concetto di ordine pubblico quello di essere vago ed indeterminato e di riferirsi a necessità che è compito dell'interprete apprezzare concretamente, è pericoloso, e può risolversi in arbitri, il conferimento al potere esecutivo del potere di incidere su un diritto di fondamentale importanza qual è quello relativo alla libertà di organizzazione delle minoranze religiose in Italia. Si pone dunque il problema di valutare se, data l'ampia formula adottata dal costituente, e considerato che il concetto di ordinamento giuridico dello Stato normalmente comprende anche l'ordine pubblico, l'autorità dello Stato abbia il potere di limitare la libertà di organizzazione delle confessioni diverse dalla cattolica, quando gli statuti di queste ultime contengano disposizioni in contrasto con l'ordine pubblico, oltre che con il buon costume<sup>30</sup>.

In proposito è innanzi tutto da rilevare che l'eventuale contrasto, addotto quale motivo di interventi repressivi da parte del potere esecutivo, deve riguardare non già

l'astratta contrarietà dell'ideologia professata dall'ente di culto all'ordinamento stesso, e tanto meno il suo eventuale carattere supernazionale, bensì il potenziale pregiudizio derivabile in ragione o degli obblighi che vengano imposti agli aderenti, o dei mezzi previsti ed adottati<sup>31</sup>.

La disposizione dell'art. 8 comma 2 cost., inoltre, stabilendo il limite dell'«ordinamento giuridico italiano», prevede una disciplina più rigorosa rispetto a quella stabilita nell'art. 18 cost. per le associazioni, in quanto oltre alle regole vigenti per le associazioni, da ritenersi applicabili anche nei confronti delle *confessioni*, interventi repressivi dell'autorità possono esplicarsi anche nelle ipotesi che gli statuti contrastino con l'ordinamento giuridico italiano. Le confessioni religiose potranno anche avere un ordinamento nel quale non

---

<sup>29</sup> A.C.JEMOLO, *Le libertà garantite dagli artt. 8, 19 e 21 della Costituzione*, in *Dir. eccl.*, 62 (1952), I, pp. 393 ss., spec. p. 422.

<sup>30</sup> Per una definizione del concetto di "ordine pubblico", anche in relazione alle nozioni di "norme imperative" e di "buon costume" può vedersi S. LARICIA, *Ordine pubblico e delibazione di sentenze straniere di annullamento matrimoniale*, in *Riv. dir. intern.*, 149 (1964), pp. 667 ss.

<sup>31</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*<sup>9</sup>, II, Padova 1976, p. 1177.

sia prevista l'osservanza dei principi democratici (tale vincolo può infatti soltanto configurarsi per le associazioni sindacali), ma non possono prevedere norme delle quali derivino potenziali soprusi nei confronti degli aderenti: in caso contrario è del tutto giustificato, ai sensi degli art. 2 e 8 comma 2 cost., un intervento dello stato a tutela degli inviolabili diritti e interessi del cittadino-fedeles<sup>32</sup>. D'altra parte, un limite analogo a quello espressamente previsto nell'art. 8 comma 2 cost. rispetto alla libera organizzazione dei culti diversi dal cattolico è ammissibile anche nei confronti della libertà riconosciuta alla confessione cattolica in Italia<sup>33</sup>.

Dalla disposizione secondo la quale le confessioni religiose diverse dalla cattolica «hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano» una parte della dottrina ha tratto due conseguenze che sono a mio avviso inaccettabili. La prima riguarda la differenza che esisterebbe tra il riconoscimento della chiesa cattolica come ordinamento primario, deducibile dall'art. 7 comma 1 cost. e la concezione, che il legislatore costituzionale dimostrerebbe di avere, degli ordinamenti delle confessioni religiose diverse dalla cattolica, come ordinamenti derivanti da quello statale e a questo subordinati<sup>34</sup>. La seconda conseguenza attiene al significato della disposizione costituzionale dell'art. 8 comma 2 cost., che avendo posto l'espressa riserva della non difformità degli statuti organizzativi rispetto all'ordinamento italiano, avrebbe sostanzialmente ribadito il principio, già contenuto nell'art. 1 l. 24 giugno 1929, n. 1159<sup>35</sup>, secondo il quale «sono ammessi» nello Stato i culti «acattolici» «purché non professino principi e non seguano riti contrari all'ordine pubblico o al buon costume»: secondo tale interpretazione anche la Costituzione dunque, al pari della legge fascista del 1929, prevederebbe il

---

<sup>32</sup> In senso conforme cfr. N. COLAIANNI, *Statuti*, cit.

<sup>33</sup> V. sul punto S. LARICIA, *Giurisdizione ecclesiastica*, cit., spec. p. 486.

<sup>34</sup> Cfr. in tal senso G. FERROGLIO, *I rapporti fra Stato e Chiesa nella Costituzione repubblicana*, Milano 1950; C. CERETI, *Considerazioni su le previe intese con le confessioni religiose (art. 8 u. c. Cost.)*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, II, Padova 1972, pp. 1013 ss.; P. GISMONDI, *Culti cattolici*, cit., pp. 440 ss.

<sup>35</sup> Tale legge contiene le «disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi».

divieto di ammissibilità dei culti che professassero principi o seguissero riti contrari all'ordine pubblico o al buon costume<sup>36</sup>.

Si tratta a mio avviso di due opinioni inesatte. Tutte le confessioni religiose sono considerate, nell'ordinamento costituzionale dell'Italia democratica, formazioni sociali spontanee nella loro genesi e libere nella loro attività: esse nascono e rimangono formazioni *extrastatali*, in quanto non sorgono in maniera derivata né per determinazione di organi statali ed operano in un ambito che rimane al di fuori dell'organizzazione formale dello Stato. Le confessioni religiose non svolgono attività di mediazione tra il singolo e lo Stato, funzione che è propria di ogni comunità intermedia; non costituiscono semplici

mezzi di collegamento tra lo Stato e l'individuo e tanto meno organismi nei quali si articola la generalità dei cittadini per conseguire fini prettamente pubblici,

bensì sono

entità sociali (di latitudine più o meno estesa fino a presentarsi, nella maggior parte dei casi, con caratteri di universalità), riconosciute costituzionalmente, proprio perché si manifestano quale affermazione e svolgimento dell'individuo, dei suoi bisogni spirituali, del suo sentire sociale<sup>37</sup>.

L'art. 7 comma 1 cost. attribuisce alla chiesa cattolica la cura degli interessi religiosi dei cattolici e prevede la non ingerenza delle autorità dello Stato nell'ordine proprio della Chiesa, proprio in quanto l'attività d'indole religiosa si svolge in un «ordine» nel quale sono state riconosciute competenti le potestà religiose della chiesa cattolica. Il limite posto alla sovranità statale costituisce però un'autolimitazione

---

<sup>36</sup> V. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Milano 1970, p. 66. In senso contrario, rispetto alla tesi ricordata nel testo, cfr. il parere emesso il 30 luglio 1986 dalla prima sezione del consiglio di stato, che ha preceduto il riconoscimento in persona giuridica della Congregazione Cristiana dei testimoni di Geova (d. P. R. 31 ottobre 1986, n. 783, in g. u. 26 novembre 1986, n. 275).

<sup>37</sup> D. BARILLARO, *Considerazioni preliminari sulle confessioni religiose diverse dalla cattolica*<sup>2</sup>, Milano 1968, p. 6.

dello Stato, che vale non solo nei confronti della chiesa cattolica, sebbene in rapporto a quest'ultima sia espressamente riferito nella norma costituzionale, bensì anche riguardo alle confessioni diverse dalla medesima: l'autolimitazione dello Stato in maniera confessionale non è altro infatti che una applicazione del principio di incompetenza dello Stato a valutare il fenomeno religioso, principio che vincola in assoluto la capacità legislativa dello Stato, non costituendo un limite esterno valevole solo nei confronti della Chiesa cattolica.

Vi sono inoltre sufficienti ragioni per ritenere ormai superate le tesi che tendono a valutare il problema dei rapporti tra Stato e confessioni religiose nell'ottica delle relazioni con ordinamenti *primari* o *derivati*: le stesse categorie tradizionalmente adottate dalla scienza giuridica per definire i rapporti tra i gruppi sociali e le relazioni tra gli enti esponenziali della collettività statale e delle altre comunità, quelle di ordinamento giuridico *primario* e *secondario*, *originario* e *derivato*, non sono più utilizzabili per interpretare la nuova realtà espressa dalla costituzione del 1948, la cui novità più significativa è da ravvisare nella convinzione dei costituenti che

fulcro del sistema democratico è l'individuo e che le formazioni sociali sono tutelate in quanto strumenti di integrazione della personalità umana<sup>38</sup>.

Neppure esatta appare inoltre la tesi che, nell'interpretare la norma costituzionale intesa a garantire la non difformità, rispetto all'ordinamento italiano, degli statuti organizzativi delle confessioni di minoranza, richiama la regola, tipica di un ordinamento confessionale, che nel 1929 attribuiva allo stato italiano la competenza a controllare i principi religiosi delle confessioni diverse dalla cattolica, per verificare che essi non fossero contrastanti con l'ordine pubblico ed il buon costume: una regola questa che è stata completamente sovvertita dalla costituzione repubblicana, la quale ha mutato il regime di "tolleranza" in regime di libertà religiosa uguale per tutti i gruppi

---

<sup>38</sup> A. RAVÀ, *I nodi al pettine*, in *Il Ponte*, 35 (1979) (*Cinquant'anni di Concordato*), pp. 245 5S., spec. p. 258. Per una indicazione degli autori che si sono proposti di porre in evidenza la funzione primaria che nella costituzione deve riconoscersi all'art. 2 cost., cfr. S. LARICCIA, *L'attuazione dell'art. 8, 3° comma, della Costituzione*, cit.

religiosi (art. 8 comma 1 cost.), con la conseguenza che, nel nuovo regime costituzionale, lo stato italiano, così come non può valutare i principi accolti dalla chiesa cattolica né sindacarne la dottrina, non può parimenti sindacare i principi accolti dalle confessioni religiose diverse dalla cattolica<sup>39</sup>.

Né certamente può giustificare l'accettazione dell'opinione qui criticata la preoccupazione che possano operare nel paese confessioni stravaganti, le quali sollecitino ad attività pratiche in contrasto con i doveri imposti dall'ordinamento civile e sostengano nuove forme di convivenza familiare e sociale contrarie all'etica comune<sup>40</sup>. Come infatti si è giustamente osservato

il nostro ordinamento non esclude per nulla la diffusione di principi sociali e giuridici eterodossi, rispetto a quelli accolti dalla comunità nel suo complesso e rispecchiati dalle leggi. Sostenere il contrario significherebbe negare che l'ordinamento consenta di potersi rinnovare attraverso il pacifico confronto delle idee, cosa che non sembra ammissibile, perché anche la stessa costituzione può essere riveduta (art. 138). D'altronde, i principi eterodossi, finché non si traducano in precetti normativi, sul piano pratico sono privi di conseguenza, perché l'ordinamento vigente sanziona con norme adeguate l'inadempimento dei doveri pubblici, nonché degli obblighi di solidarietà familiare e sociale, e garantisce la restaurazione dei diritti, eventualmente offesi da comportamenti contrari alla norma<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> È qui da ricordare che l'art. 19 cost., a proposito della libertà di esercizio del culto, pone il limite del buon costume con esclusivo riferimento ai "riti" e non anche ai "principi" delle formazioni sociali con finalità religiosa. Cfr. sul punto S. LARICCIA, *La libertà religiosa*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO, XII, *Libertà costituzionali e limiti amministrativi*, Padova 1989, pp. 227 ss., pp. 248 ss.

<sup>40</sup> Così V. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*<sup>9</sup>, Milano 1964, p. 58. Sulla complessa ed attuale questione dei «nuovi ordinamenti religiosi», denominazione certo imprecisa, ma preferibile rispetto a quella di «nuove sette», cfr. il fascicolo 4, 1987, dei *Quad. dir. e pol. eccl.* e, per indicazioni bibliografiche, l'accurata rassegna di SENIN ARTINA, *Problemi giuridici dei nuovi movimenti religiosi. Bibliografia*, *ivi*, pp. 71 ss. Nella rivista è anche pubblicato un elenco delle organizzazioni religiose diverse dalla cattolica che, o per antico possesso di stato o per decreto del Presidente della Repubblica, godono di personalità giuridica nell'ordinamento italiano o sono comunque «note al governo», secondo quanto stabilito nell'art. 20 comma 3 r. d. 28 febbraio 1930, n. 289.

<sup>41</sup> F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 80.

## 8. *Carattere generale del limite all'autonomia statutaria delle confessioni religiose*

Si è osservato che gli ordinamenti generali sono i soli ad essere insieme *originari*, *sovrani* e *assoluti*: in particolare, avere carattere «assoluto» significa poter determinare la rilevanza di qualunque altro ordinamento che possa operare nel suo stesso ambito: «così oggi, di regola, un'organizzazione di altro ordinamento di uno Stato, deve assoggettarsi alle norme o all'organizzazione di questo, mentre non è vera la reciproca [...]»<sup>42</sup>.

Ora a tutti gli ordinamenti confessionali, compreso quello della chiesa cattolica, manca questo carattere dell'assolutezza<sup>43</sup>, con la conseguenza che può affermarsi il carattere generale del limite alla libertà di organizzazione di tutte le confessioni religiose operanti in Italia, chiesa cattolica compresa. È qui da ricordare che, mentre il concordato lateranense non faceva alcuna espressa menzione della «libertà di organizzazione» della Chiesa cattolica, tale libertà è espressamente contemplata nell'art. 2.1 del Concordato stipulato il 18 febbraio 1984 tra Italia e la Santa Sede: si tratta di un'innovazione importante perché, con la previsione di un medesimo principio in tema di libertà dei culti, contemplato nell'art. 8 comma 2 cost. e nell'art. 2.1 conc., si ribadisce l'esigenza di una valutazione unitaria del problema delle libertà riconosciute nell'ordinamento italiano ai gruppi confessionali<sup>44</sup>.

Si è ricordata in precedenza l'affermazione, contenuta nella sentenza della corte costituzionale n. 59 del 1958, secondo la quale il limite posto alla libertà di organizzazione delle confessioni religiose diverse dalla cattolica dovrebbe considerarsi evidente, «anche senza esplicita dichiarazione». Negli anni successivi la giurisprudenza ha affermato la sussistenza di un limite, anche se non espressamente contemplato, agli effetti civili degli atti e provvedimenti della Chiesa cattolica «circa persone ecclesiastiche e religiose e concernenti

---

<sup>42</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*<sup>3</sup>, I, Milano 1993, p. 99.

<sup>43</sup> 43 In questo senso cfr. N. COLAIANNI, *Statuti*, cit.

<sup>44</sup> Per la considerazione di tale esigenza può vedersi S. LARICCIA, *Coscienza e libertà*, cit., pp. 119 ss.

materie spirituali e disciplinari» di cui all'art. 23 conc. 1929<sup>45</sup>: e tale interpretazione giurisprudenziale è stata accolta dal legislatore della revisione concordataria nel punto 2 lett. c) del protocollo addizionale del nuovo concordato<sup>46</sup>.

La questione del carattere generale del limite posto alla libera organizzazione delle confessioni religiose è collegata anche all'interpretazione del principio contenuto nell'art. 7 comma 1 cost., che riconosce e garantisce la sovranità e l'indipendenza della chiesa cattolica (soltanto) nell'ordine che le è proprio. Ora la determinazione degli interessi è dei rapporti compresi nell'ordine proprio dello Stato e, indirettamente, di quelli riconducibili all'ordine proprio della chiesa cattolica dovrà essere fatta esaminando le norme del diritto positivo italiano, giacché (soltanto) tale verifica può in concreto consentire di individuare le materie ed i rapporti nei confronti dei quali sia riconoscibile la sovranità dello stato, con la conseguenza che lo stato riterrà sovrana la chiesa cattolica soltanto nell'ambito in cui lo stato stesso non affermi la propria sovranità.

Questo criterio può essere adottato per la valutazione circa la liceità di tutti gli atti confessionali, naturalmente con le eccezioni previste dallo stesso legislatore, che in taluni casi, per esempio in materia di matrimonio «concordatario», ha stabilito degli obblighi giuridici concordatari che implicano dei limiti espressi alla competenza statale in determinate materie<sup>47</sup>.

In conformità alla giusta indicazione proveniente dalla recente giurisprudenza costituzionale, secondo la quale l'espressione «ordinamento giuridico italiano» deve considerarsi con esclusivo riferimento

---

<sup>45</sup> Cfr. Cass. 5 maggio 1980, n. 2919, in *Foro it.*, 106 (1981), I, c. 2810 ss., con nota di C. CARDIA, *Contenuto e limiti del sindacato civile sugli atti e provvedimenti ecclesiastici di cui all'art. 23 cpv. del trattato lateranense* e Cass. 8 febbraio 1983, n. 1034, *ivi*, 1983, I, 1611 ss., con nota di N. COLAIANNI, *L'art. 23 cpv. del trattato lateranense e le "comunità ecclesiali di base"*.

<sup>46</sup> «La Santa Sede – è stabilito in tale disposizione – prende occasione dalla modificazione del concordato lateranense per dichiararsi d'accordo, senza pregiudizio per l'ordinamento canonico, con l'interpretazione che lo Stato italiano dà dell'art. 23, secondo comma, del Trattato lateranense, secondo la quale gli effetti civili delle sentenze e dei provvedimenti emanati da autorità ecclesiastiche, previsti da tale disposizione, vanno intesi in armonia con i diritti costituzionalmente garantiti ai cittadini italiani».

<sup>47</sup> Cfr. sul punto S. LARICIA, *Coscienza e libertà*, cit., pp. 128 ss.

ai «principi fondamentali dell'ordinamento stesso e non anche a specifiche limitazioni poste da particolari disposizioni normative» (sent. n. 43 del 1988), deve ritenersi che un primo invalicabile limite sia rappresentato dall'ordinamento costituzionale, come la stessa corte ha avuto occasione di affermare, in materia di immunità degli organi stranieri, quando ha stabilito che un limite alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute ai sensi dell'art. 10 cost. è costituito dai principi dell'ordinamento costituzionale<sup>48</sup>: «occorre comunque affermare [...] – si legge nella sentenza n. 48 del 1979 – per quanto attiene alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione (art. 1, 2° comma, e titolo VI cost.)».

Giustamente dunque si è osservato che la copertura costituzionale offerta dall'art. 8 cpv. alla rilevanza civile delle norme statutarie di contenuto organizzatorio delle confessioni di minoranza non ha la forza di negare i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e che tale limite è, in definitiva, lo stesso di quello previsto per le disposizioni di derivazione pattizia<sup>49</sup> “coperte” dall'art. 7 comma 2 cost., che non hanno la forza di negare i «principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato»<sup>50</sup>.

L'espressione “ordinamento giuridico italiano”, se non comprende ogni singola disposizione di legge ordinaria, non può non riferirsi però anche a quelle leggi e a quei principi che sono «a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo»<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr. corte cost., 18 giugno 1979, n. 48, in *Foro it.*, 104 (1979), I, c. 1644 ss.

<sup>49</sup> COLAIANNI, *Statuti*, cit.

<sup>50</sup> Cfr. corte cost., 1 marzo 1971, n. 30, in *Giur. cost.*, 16 (1971), c. 95 ss. Per alcune considerazioni sul raffronto e il parallelismo tra i due limiti cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, *Rilevanza dei comportamenti interni delle formazioni sociali con finalità religiosa nell'ordinamento statale*, in *Studi in onore di U. Gualazzini*, II, Milano 1981, pp. 294 ss.

<sup>51</sup> In questo senso, a proposito del limite alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche dichiarative di nullità del matrimonio canonico trascritto, cfr. cass., sez.

Tra i principi fondamentali previsti dal nostro ordinamento e come tale rientranti nel limite espressamente contemplato nell'art. 8 comma 2 cost., vi è, innanzi tutto, quello previsto a tutela e garanzia dei diritti inviolabili della persona umana all'interno delle formazioni sociali nelle quali si svolge la sua personalità (art. 2 cost.). Il problema della legittimità dell'intervento dei poteri pubblici all'interno dei gruppi confessionali (compreso quello cattolico) ed a tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini (i «diritti inviolabili dell'uomo», secondo l'espressione adottata nell'art. 2 cost.), deve essere impostato e risolto tenendo presente il presupposto che lo Stato non ha «mai ritirato di fronte ai cittadini, perché appartenenti ad una confessione, quelle, garanzie di beni che danno vita ai diritti costituzionali, e che comunque stabiliscono la posizione del 'cittadino'»<sup>52</sup>.

Il pericolo che occorre evitare in ogni ipotesi di intervento degli organi dello Stato all'interno dei gruppi sociali religiosi è quello che la difesa della libertà *nelle* confessioni religiose si risolva in una limitazione della libertà *delle* confessioni religiose: perché ciò non avvenga è indispensabile che l'intervento dello Stato si espliciti solo nell'ambito delle materie nelle quali al gruppo confessionale non spetta alcuna libertà di azione, trattandosi appunto di materie riservate alla competenza dello Stato o nelle quali comunque lo Stato non ha inteso in alcun modo limitare la propria sovranità.

Tale problema della distinzione degli ordini tra Stato e chiese costituisce una delle questioni più discusse e complesse del diritto ecclesiastico, poiché la sua impostazione e la sua soluzione esercitano

---

un., 1 ottobre 1982, n. 5026, in *Foro it.*, 107 (1982), I, cc. 2799-55., con nota di S. LARICCIA, *Esecutorietà delle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale e ordine pubblico italiano*.

<sup>52</sup> A.C. JEMOLO, *Premesse ai rapporti tra Chiesa e Stato*, Milano 1970, p. 159. Sul problema della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali cfr. nella vasta bibliografia, A. BARBERA, *Commentario della Costituzione*, cit., sub art. 2, pp. 50 ss.; P. BELLINI, *Diritti inviolabili dell'uomo e formazioni sociali religiose. Contributo all'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione*, in *Studi in onore di P.A. D'AVACK*, I, Milano 1976, pp. 215-55.; Anna RAVÀ, *I nodi al pettine*, cit., p. 258; E. VITALI, "Legislatio libertatis" e prospettazioni sociologiche nella recente dottrina ecclesiasticistica, in *Dir. eccl.*, 90 (1980), I, pp. 24 ss., spec. p. 64; S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, cit., pp. 130 ss.; F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. dir.*, 34 (1985), pp. 1 ss.

un'influenza decisiva sulla risoluzione della maggior parte dei 'casi' pratici di conflitto tra Stato e confessioni religiose: ma è questo un problema che non può essere affrontato in questa sede<sup>53</sup>.

A proposito del problema consistente nel precisare i limiti posti alla libertà delle confessioni religiose operanti in Italia, occorre infine ricordare un'esigenza fortemente avvertita dalle minoranze religiose italiane. Molto spesso le limitazioni all'esercizio dei diritti di libertà e di eguaglianza dei gruppi religiosi di minoranza sono state determinate dall'atteggiamento della burocrazia. È dunque necessario un mutamento di tendenza nell'esercizio dei poteri attribuiti alle pubbliche autorità, al fine di garantire l'eguale libertà di tutti i gruppi religiosi (art. 8 comma 1 cost.) e le autonomie delle strutture confessionali senza ingerenze statali (art. 8 comma 2 cost.).

---

<sup>53</sup> Per una completa valutazione del problema al quale si fa riferimento nel testo cfr. la monografia di Gaetano Catalano, al quale è dedicato il presente saggio, che per quanto pubblicata vent'anni fa, è tuttora di grande interesse per la considerazione dei più importanti argomenti del diritto ecclesiastico italiano: *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa*, cit.

## *Norma e Stato, per tradizione sistematica e nella realtà operativa\**

1. Prima di iniziare il mio intervento, vorrei rivolgere un affettuoso pensiero alla memoria di un caro e valoroso collega ed amico da poco scomparso: Giovanni Pugliese. Pugliese in varie occasioni ha studiato molti dei problemi riguardanti la nozione di diritto e le relazioni tra norma e diritto. Nei giorni scorsi, nell'intento di preparare la conversazione di questa sera, ho avuto occasione di leggere quello che forse è stato il suo ultimo lavoro, e cioè la voce «Diritto» sull'ultimo volume dell'*Enciclopedia della scienze sociali*, da poco pubblicato dall'Istituto dell'Enciclopedia Italiana<sup>1</sup>. È una voce molto completa e interessante, nella quale il tema del quale parliamo questa sera, e sul quale abbiamo avuto occasione di intrattenerci in questa sede anche in precedenti serate, viene approfondito con considerazioni di grande rilievo.

2. L'argomento considerato nell'incontro di questa sera fa riferimento ai numerosi problemi che possono essere esaminati secondo quelle che sono le espressioni usate da Federico Spantigati quando ha previsto che il seminario di oggi riguardasse: *Norma e Stato, per tradizione sistematica e nella realtà operativa*.

È forse opportuno che, in poche parole, io dica come ho interpretato l'argomento. Ho innanzi tutti ritenuto che non fosse opportuno esaminare l'argomento con riferimento ad epoche storiche di un lontano passato nel quale non poteva ritenersi esistente uno «Stato», anche se naturalmente esistevano forme diverse di «potentati».

Nel titolo sopra ricordato si parla inoltre di «norma» e non di «nor-

---

\* Pubblicato nel volume *Sulle trasformazioni dei concetti giuridici per effetto del pluralismo*, a cura di F. SPANTIGATI, Napoli, Edizioni scientifiche, 1998, pp. 57-67.

<sup>1</sup> G. PUGLIESE, *Diritto*, in *Enciclopedia italiana delle scienze sociali*, vol. III, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1993, pp. 34-77.

ma giuridica»: in effetti uno dei problemi più delicati, al quale non si potrà fare qui riferimento se non di sfuggita, è quello consistente nel precisare il valore di norme che non sono giuridiche, nel senso che noi attribuiamo a questa espressione, e che assumono tuttavia una importanza sempre maggiore: mi riferisco alle norme dei codici deontologici e dei codici etici, le cui disposizioni pongono problemi anche in relazione allo Stato e alle sue disposizioni normative<sup>2</sup>. Non sfugge a nessuno che quando, per esempio, la Federazione nazionale dei medici stabilisce il principio deontologico che nega la possibilità di consentire la fecondazione assistita nei confronti delle nonne, per favorire il soddisfacimento del desiderio di maternità delle loro figlie, oppure delle coppie omosessuali, si pone un problema di condizionamento delle libertà dei cittadini, prima che venga approvata una legge dello Stato, con l'ulteriore conseguenza che l'approvazione di tali principi condiziona, in una certa misura, i contenuti della futura legge dello Stato.

Sono certo problemi importanti: è evidente tuttavia che, dato il poco tempo previsto per i nostri interventi di questa sera, alcuni di questi temi non potranno essere qui approfonditi e potranno essere ripresi nel dibattito o in successive occasioni.

3. Il problema del rapporto tra «norma» e «Stato» va considerato tenendo soprattutto presente lo sviluppo che tale questione ha avuto nell'età contemporanea, un'epoca che, secondo una delle tante convenzioni alle quali ricorriamo, si ritiene di potere iniziare a decorrere dalla seconda guerra mondiale.

La tendenza che vi era stata nel mondo alla fine del secolo scorso era stata quella di applicare i principi dello «Stato di diritto» e di affermare la possibilità di sottoporre anche lo Stato al diritto, di ritenere cioè vincolati al rispetto del diritto statale anche gli atti posti in essere dallo Stato che agiva come «amministrazione», sottoposti alla valutazione di un giudice: un giudice ordinario, come nei paesi anglosassoni ed in Belgio, o un giudice amministrativo, come è avvenuto in paesi come l'Austria, la Francia, l'Italia. Questa tendenza

---

<sup>2</sup> Cfr. di recente sul tema, G. BARBAGALLO, *I codici etici delle magistrature*, in *Foro it.*, 121 (1996), III, cc. 36-8.

è durata per i primi due decenni del '900; verso la fine del secondo decennio di questo secolo, la forma dello Stato di diritto entra in crisi, soprattutto nei paesi nei quali si afferma la forma di Stato socialista, nei quali si ritiene necessario eliminare le garanzie dello Stato di diritto, al fine di limitare l'esercizio del diritto di proprietà privata e l'attività dell'impresa economica privata.

Negli Stati cosiddetti totalitari, come l'Italia e la Germania, si realizza in concreto un principio che era stato proclamato da Mussolini quando dichiarava: «tutto nello Stato, nulla contro lo Stato, nulla fuori dello Stato». Questa affermazione assume un significato di grande rilievo a proposito del sistema delle «fonti del diritto», giacché esprime l'esigenza dell'assorbimento nell'entità statale di tutte le forme sociali espresse nella società civile.

Se consideriamo l'elencazione delle fonti del diritto contenuta nell'art. 1 delle preleggi, possiamo valutare quanto scarna sia questa norma, che fa riferimento alle leggi, ai regolamenti, con particolare riguardo ai regolamenti del governo ai sensi della legge n. 100 del 1926, agli usi e alle norme corporative. Negli anni di elaborazione dell'importante disposizione legislativa, tuttora vigente, contenuta nel primo articolo delle disposizioni preliminari al codice civile, non era certo inesistente il profilo della valutazione del diritto prodotto da soggetti diversi dallo Stato.

Deve essere qui ricordata, per limitarci alla sola esperienza italiana, l'importanza del contributo proveniente da due studiosi come Santi Romano e Widar Cesarini Sforza che, con due libri piccoli per mole ma di grande importanza dal punto di vista della ricerca scientifica – *L'ordinamento giuridico* e *Il diritto dei privati* –, pubblicati il primo nel 1918 e il secondo nel 1929, ebbero il merito di esaminare alcune tra le più interessanti questioni riguardanti il diritto non proveniente dallo Stato. In questi due importanti lavori vi è una forte polemica contro la concezione strettamente statale del diritto: una polemica cioè nei confronti dell'idea che il concetto di diritto sia necessariamente collegato a quello di Stato, come se il diritto provenisse solamente dall'ente Stato.

Può essere utile ricordare le prime parole con le quali ha inizio il contributo di Cesarini Sforza sul «diritto dei privati»:

Una prima e sintetica indicazione di ciò che intendiamo significare

con le parole poste a titolo del presente studio, può essere data dicendo che il diritto dei privati è quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo in mancanza, o nell'insufficienza, della legge statale<sup>3</sup>.

Ma subito dopo l'autore, rendendosi conto che è opportuna una precisazione, rileva

Ma a colpo d'occhio si vede che codesta definizione in tanto ha un senso in quanto si ammetta la dissociabilità dei due concetti, di diritto e di Stato, modernamente congiunti nel pensiero dei giuristi<sup>4</sup>.

Cesarini Sforza si rendeva ben conto che, nel pensiero dei giuristi dell'epoca, queste due espressioni di «diritto» e di «Stato» erano congiunte e non erano facilmente dissociabili. Ed il suo contributo parte proprio da questa considerazione di una dottrina giuridica maggioritaria, quasi unanime, nella quale tra i due termini di «diritto» e di «Stato» si riteneva si dovesse ravvisare una totale coincidenza.

Come giustamente osserva Salvatore Romano, nella prefazione all'edizione del 1963 del libro di Cesarini Sforza, e la stessa osservazione potrebbe formularsi per il libro di Santi Romano sull'ordinamento giuridico, il libro, subito dopo la sua pubblicazione nel 1929, suscitò notevoli consensi ed elogi<sup>5</sup>: tuttavia erano consensi di carattere più esteriore che reale, proprio a causa dell'abitudine che si aveva in quel periodo di ritenere che il diritto, il «vero» diritto fosse quello dello Stato e che dunque soltanto studiosi impegnati nel definire il carattere astratto delle norme giuridiche potessero sostenere, a livello teorico, ma senza conseguenze concrete, la configurazione di un diritto proveniente da soggetti diversi dallo Stato.

Come è noto, la possibilità di concepire ordinamenti giuridici diversi dallo Stato era alla base dello studio di Santi Romano: e non mi soffermo in questa sede nel considerare la grande importanza che

---

<sup>3</sup> W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), II ed., Milano, Giuffrè, 1963, p. 3.

<sup>4</sup> *Op. ult. cit.*, p. 3.

<sup>5</sup> S. ROMANO, «Presentazione», in W. CESARINI SFORZA, *op. ult. cit.*, p. V, il quale osserva: «In realtà l'opera era anticipatrice, e la dottrina del tempo non offriva i criteri più idonei ad una valutazione adeguata di un contenuto così innovatore».

ha avuto lo studio di Santi Romano in relazione a questo particolare aspetto del problema<sup>6</sup>.

4. Le concezioni dominanti a proposito del rapporto tra norme giuridiche e norme statali entrano in crisi in Italia con l'entrata in vigore della Costituzione del 1948. In tema di fonti del diritto la costituzione dell'Italia democratica determina una vera e propria rivoluzione, un autentico sconvolgimento del sistema.

Per ricordare soltanto i più significativi elementi di novità rispetto al passato della nuova concezione costituzionale del sistema delle fonti del diritto, mi limito a ricordare i due aspetti per i quali il sistema costituzionale delle fonti giuridiche rende completamente superato quello vecchio, contemplato nel già ricordato articolo 1 delle disposizioni preliminari al codice civile.

Il primo elemento di novità si riferisce ai criteri nei quali le varie fonti del diritto si possono classificare e considerare: la rigidità della nuova costituzione<sup>7</sup>, il principio di legalità<sup>8</sup>, il principio delle riserve di legge e quei criteri, che Vezio Crisafulli individua per primo<sup>9</sup>, ma poi molti costituzionalisti esaminano in importanti contributi, della «gerarchia» e della «competenza» come criteri da considerare insieme per potere affrontare la tematica della classificazione delle fonti del diritto nella nuova situazione determinata dall'entrata in vigore della carta costituzionale. Questo è un primo aspetto, collegato alla valutazione dei criteri rilevanti alla luce della costituzione, che sono completamente diversi perché diverso è il quadro normativo.

---

<sup>6</sup> Per il concetto di «ordinamento», inteso come «ordinamento statutario», cioè di ordinamento giuridico distinto dall'ordinamento generale, cfr. M. S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 8 (1958), p. 232; V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, Milano, Giuffrè, 1958.

<sup>7</sup> Sulle nozione di costituzione rigida e costituzione flessibile, v. C. PINELLI, *Costituzione rigida e costituzione flessibile nel pensiero dei costituenti italiani*, Milano, Giuffrè, 1981; A. PACE, *In difesa della "naturale" rigidità delle Costituzioni scritte*, in *Giur. cost.*, 40 (1995); ID., *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, Cedam, 1995.

<sup>8</sup> Cfr. tra gli altri sul tema: S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, 23 (1973), pp. 659-703.

<sup>9</sup> V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 10 (1960), p. 775 e in *Studi Zanobini*, 3 (1965), pp. 171-208.

Il secondo aspetto fa riferimento a quella che è la «indicazione» delle fonti del diritto. Di fronte alle poche e scarse indicazioni di quali potessero e dovessero considerarsi fonti del diritto nel sistema codicistico, si sostituisce la concezione per la quale alle fonti del diritto previste dalle preleggi si aggiungono tutte le altre fonti del diritto che sono espressione delle autonomie normative riconosciute dal costituente. Il discorso in proposito potrebbe naturalmente essere molto lungo, se ci si proponesse di valutare in modo esauriente e coordinato quale significato possano assumere le varie figure di «autonomia normativa» previste nella nostra costituzione.

Il primo dato che dobbiamo ricordare, in una valutazione necessariamente sintetica della questione, è che vi sono delle autonomie normative espressamente riconosciute nella Costituzione nei confronti delle cosiddette formazioni sociali. Anche gli enti territoriali possono essere considerati come formazioni sociali, ai sensi dell'art. 5 Cost., che è una disposizione da coordinare con le disposizioni costituzionali in materia di regioni, province e comuni: vi sono dunque le autonomie degli enti territoriali con riferimento alle quali nota è l'importanza delle più recenti novità legislative (cfr., in particolare, la legge n. 142 del 1990).

Ma gli enti territoriali sono soltanto alcune delle numerose formazioni sociali nei confronti delle quali il problema deve essere esaminato. Per fare un'elencazione sia pure sommaria, sarebbe necessario esaminare le vane forme di pluralismo sociale. Mi riferisco naturalmente alla fondamentale disposizione di principio contenuta nell'art. 2 Cost., nella quale è proclamato l'impegno della Repubblica italiana di riconoscere e di garantire i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità individuale.

Le prime tra le formazioni sociali considerate nella Costituzione sono le confessioni religiose (artt. 7 e 8). Il costituente non si limita a considerare il solo problema dell'autonomia normativa della chiesa cattolica, ma ritiene essenziale valutare la nuova posizione che assumono nel sistema costituzionale gli ordinamenti delle confessioni religiose diverse dalla cattolica: queste hanno un'autonomia normativa, giacché l'art. 8 comma 2 Cost. prevede il principio che esse siano libere di organizzarsi secondo i propri «statuti», in quanto questi statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano e l'art. 8 comma

3 stabilisce che i rapporti tra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica siano regolati per legge dello Stato sulla base di intese con le rispettive rappresentanze. Per un periodo assai lungo (trentasei anni!) il principio dell'autonomia normativa delle confessioni religiose diverse dalla cattolica contemplato nel terzo comma dell'art. 8 cost. non trova attuazione: soltanto nel 1984 comincia a porsi, a livello di diritto positivo, la configurazione di diritti confessionali che trovano un riconoscimento attraverso lo strumento della legge unilaterale dello Stato, emanata però «sulla base» di intese con le rappresentanze delle varie confessioni religiose.

Assai numerosi sono i temi che riguardano il collegamento fra i diritti autonomi delle confessioni religiose di minoranza e il diritto dello Stato: il diritto comune dello Stato rimane pur sempre un diritto applicabile, sia come diritto generale rilevante nei confronti di tutte le confessioni religiose, sia come diritto esclusivo applicabile rispetto a quelle confessioni religiose che o non vogliono o non possono ottenere di stipulare un'intesa con lo Stato. Vi è dunque il problema, di non facile soluzione, dei rapporti tra diritti confessionali e diritto statale come diritto comune per tutti i soggetti.

Nella Costituzione sono anche previste le autonomie normative della scuola. Nell'art. 33 comma 3 è contemplata la norma che consente l'istituzione di scuole private («senza oneri per lo Stato»); nel comma 6 della stessa disposizione è previsto il principio di autonomia delle università, che anch'esso solo di recente ha trovato attuazione.

Le autonomie normative costituzionalmente rilevanti devono naturalmente essere esaminate alla luce dei principi costituzionali riguardanti i sindacati, i partiti politici e le comunità di lavoro: con riferimento a tali istituzioni molti ed importanti sono i contributi elaborati dagli studiosi di diritto costituzionale e di diritto del lavoro nel periodo successivo all'entrata in vigore della costituzione repubblicana.

Un altro aspetto che deve essere considerato a proposito della rivoluzione determinata dall'entrata in vigore della Costituzione nei confronti del vecchio sistema delle fonti del diritto è quello riguardante le fonti del diritto che vengono prodotte al di fuori dello Stato e le fonti del diritto sovranazionale. Mi riferisco sia alle fonti del diritto internazionale generale e pattizio (il rinvio alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute trova nella Costituzione uno specifico riferimento), sia alle cosiddette fonti comunitarie, che hanno

reso necessario estendere l'analisi del tema delle fonti del diritto ad una serie di novità inimmaginabili nel precedente sistema che credeva nel dogma della indissolubilità tra diritto e Stato.

Ricordo inoltre che, secondo alcune concezioni, vi sono poi ulteriori fonti del diritto, come per esempio quelle prodotte a seguito di referendum abrogativo. Voglio qui ricordare che in questa sede faccio esclusivo riferimento a fonti del diritto ulteriori rispetto a quelle o indicate nelle disposizioni preliminari al codice civile o collegate ad organi dello Stato e non considero il tema dell'autonomia normativa del parlamento. Così come non esamino qui la questione, di grande importanza e di notevole complessità, se possano ritenersi fonti del diritto il precedente giudiziario e la dottrina<sup>10</sup>.

5. Un problema di notevole interesse, al quale occorre fare qui riferimento, è quello del collegamento tra le norme «giuridiche» e tutto quell'insieme di norme, della morale, della religione, dell'etica sociale che assumono sempre maggiore importanza nella definizione del sistema normativo attualmente vigente: è noto quanto numerosi e di difficile soluzione siano le questioni da considerare ove si intenda valutare la possibilità di dare riconoscimento a queste norme, che non sono norme «giuridiche».

Voglio qui ricordare un tema che mi è caro, quello relativo al «riconoscimento» delle cosiddette obiezioni di coscienza<sup>11</sup>. È noto che nel diritto positivo sono stati introdotti alcuni principi che consentono di fare ricorso alla coscienza, al fine di ottenere che le scelte di coscienza abbiano nel sistema una priorità rispetto alla legge dello Stato.

I problemi delle relazioni tra norme giuridiche e norme di carattere religioso o etico o sociale sono molti e difficili. Di recente, nella mia Facoltà di Scienze Politiche della «Sapienza» si è svolto un incontro, al quale ha partecipato anche l'amico Piero Bellini, nel quale si è discusso, insieme ad alcuni rappresentanti di confessioni religiose, il tema dei conflitti di lealtà che si determinano in Italia, a seguito della proposta, legislativamente accolta, di sancire a livello

---

<sup>10</sup> V. tra gli altri sul punto E. GIANNANTONIO, *Dottrina e giurisprudenza come "fonti del diritto"*, in *Giur. it.*, 143 (1991), n. 10, IV, c. 375 ss.

<sup>11</sup> Mi sia consentito rinviare al mio volume *Coscienza e libertà. Principi costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Bologna, il Mulino, 1989.

normativo il principio che consente di risolvere alcuni tra i conflitti di lealtà che si possono determinare per i soggetti «appartenenti» a diversi ordinamenti<sup>12</sup>. Conflitti che si presentano nelle situazioni in cui un cittadino si trova a dovere rispettare un impegno che gli proviene dall'esigenza di rispetto di una norma della propria confessione religiosa che contrasta, o può comunque contrastare, con una o più norme dettate dall'ordinamento giuridico statale.

La prospettiva diventa particolarmente delicata se si considera che in molte delle leggi emanate sulla base di intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica vi è un esplicito riconoscimento della possibilità di fare ricorso a quella che può genericamente definirsi un'obiezione di coscienza. Si considerino per esempio il riconoscimento del diritto di non lavorare il sabato e le note questioni che si pongono a proposito della richiesta di vedere riconosciuto il diritto ad opporsi a trasfusioni di sangue, che non sono consentite per i testimoni di Geova. È evidente che si può determinare una disparità tra coloro che vedono riconosciuto in un'intesa un determinato diritto ad utilizzare questo riferimento alla propria coscienza, nei confronti di coloro che, non avendo la loro confessione stipulato un'intesa con lo Stato, non possono vedere riconosciuta questa loro eventuale esigenza.

6. Tra i problemi particolarmente delicati da considerare con riferimento alla tematica del rapporto tra norme giuridiche dello Stato e norme provenienti da soggetti diversi dallo Stato, è opportuno anche ricordare la questione dei rapporti tra ordinamento giuridico statale e ordinamento sportivo. Ricordo che Cesarini Sforza, nel 1933<sup>13</sup> e, poi, Massimo Severo Giannini nel 1949<sup>14</sup> avevano avuto modo di

---

<sup>12</sup> Per una precisazione del concetto di «appartenenza» ad un ordinamento rinvio a S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 105 ss.

<sup>13</sup> Cfr. il suo celebre contributo su *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 58 (1933), I, 1, cc. 1381-1400, nel quale l'a. commenta una sentenza delle sezioni unite della cassazione del 27 luglio 1933 (*ivi*, cc. 1380-1400) su un conflitto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa e una sentenza della sezione terza della Cassazione (12 dicembre, *ivi*, cc. 1401-7) sulla configurazione soggettiva del Jockey Club italiano.

<sup>14</sup> M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sportivo*, 1 (1949), pp. 10 ss.

intervenire, con contributi scientifici di grande interesse, sul tema delle relazioni tra ordinamento statale e ordinamenti sportivi. Recentemente, su uno degli ultimi fascicoli del *Foro italiano*, sono state pubblicate alcune decisioni del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in una delle quali viene affermato questo principio, da valutare alla luce delle considerazioni che occorre fare a proposito dei rapporti tra norma giuridica e norma statale:

Gli atti di esclusione e di non iscrizione di una società sportiva in un torneo o in un campionato cui partecipano gli altri sodalizi affiliati alle federazioni costituiscono esplicazione non di poteri pubblici di tali federazioni ma della loro autonomia organizzativa e tecnica riconosciuta al fine di un ordinato e corretto svolgimento delle competizioni sportive.

La conclusione di tale premessa, affermata con riferimento al ricorso presentato dalla squadra di calcio del Catania, è che su tali atti, la cui efficacia si esaurisce all'interno dell'ordinamento sportivo, non può essere riconosciuta la giurisdizione del giudice amministrativo.

Nella rivista da cui ho tratto questa massima è pubblicato un commento nel quale si esprimono perplessità sulla validità di questo principio e si afferma:

Qualsiasi processo di rafforzamento delle autonomie, anche il più esteso, non può mai importare l'abbandono, da parte dell'ordinamento statale, del nucleo di regole e principi fondamentali che, per il loro carattere unificante, non sopportano limitazioni di alcun genere e la cui rinuncia si traduce in una negazione delle funzioni e dei poteri sovrani dello Stato.

7. Il tema esaminato dalla giurisprudenza amministrativa nella fattispecie sopra ricordata è quello consistente nel precisare le possibilità di riconoscere delle autonomie anche nel caso in cui gli atti espressi nell'ambito di tale autonomia contrastino con principi fondamentali o con norme di diritto positivo dello Stato. È questo un argomento con riferimento al quale occorre diffidare da soluzioni drastiche e definitive.

Certo non si può dimenticare che molto spesso il riconoscimento indifferenziato delle autonomie significa sì realizzazione del fon-

damentale valore delle libertà, ma troppo spesso si traduce in una riduzione di valori altrettanto importanti ricordo, tra gli altri, quello contenuto nell'art. 3 Cost. in materia di uguaglianza giuridica dei cittadini.

Purtroppo sono assai numerose le ipotesi nelle quali il riconoscimento dell'autonomia di un gruppo sociale determina una lesione dei diritti individuali di coloro che fanno parte del gruppo al quale è stata riconosciuta l'autonomia collettiva e la capacità di autodeterminarsi; un altro pericolo è che il riconoscimento di una forte autonomia nei confronti di uno o di più gruppi sociali possa determinare una incidenza sul valore del pari trattamento nei confronti di altri gruppi sociali non riconosciuti meritevoli di ottenere la stessa autonomia. Lo Stato deve porsi con le proprie leggi a garanzia del rispetto dei principi che assicurano i diritti di coloro che sono i soggetti destinatari delle norme dell'ordinamento giuridico.

Non vi è dubbio che il riconoscimento di un'ampia sfera di autonomie normative tende a realizzare un sistema che guarda con favore al pluralismo giuridico, che valuta con fiducia le esigenze di autodeterminazione, di decentramento e di autonomia dei soggetti. Bisogna però considerare che la legge generale dello Stato, la legge proveniente dall'ordinamento statale unitario conserva una sua importante funzione nel sistema e pone come imprescindibile l'esigenza di rispetto non soltanto delle norme giuridiche, ma di quelli che si chiamano i principi generali, i principi fondamentali dell'ordinamento.

L'esigenza di non abbandonare il singolo all'arbitrio dei gruppi assume grande importanza perché sono noti i soprusi che possono essere commessi nel momento in cui i cittadini non sono in grado di rivolgersi al giudice dello Stato. Non molto tempo fa, con riferimento ad un grave episodio avvenuto all'interno della comunità di cui era coordinatore Muccioli, ho avuto occasione di ribadire l'importanza che nel momento presente assume tale esigenza a proposito del rispetto dei diritti di coloro che entrano in una comunità terapeutica. In proposito si è sostenuta la tesi, che a mio avviso deve essere contestata con fermezza, che afferma che tali comunità sono immuni dall'intervento esterno dello Stato, giacché nei confronti di coloro che sono ospitati al loro interno si richiede l'applicazione di tecniche e di metodi particolari che in certi casi possono rendere impossibile il rispetto integrale dei diritti e delle garanzie di coloro che ne fanno parte.

Questa idea, che vi siano all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato determinati gruppi immuni dall'ingerenza e dal controllo degli organi statali, è una concezione alla quale io guardo con molta preoccupazione, per il giustificato timore che siano sempre più frequenti le occasioni nelle quali vengano violate le norme poste a garanzia degli interessi di tutti i soggetti operanti nell'ordinamento.

L'argomento considerato nel nostro incontro di questa sera ritengo debba riferirsi anche alla considerazione di questo delicato rapporto fra le norme espressione di autonomia normativa e le norme di uno Stato che ha ancora un'importante funzione da svolgere a tutela dei diritti e degli interessi di tutti.

## *Intervista in tema di finanziamenti alle scuole materne statali\**

1) *«Una ordinanza pilatesca per prendere tempo», è stata definita a caldo la recente Ordinanza n. 67 della Corte Costituzionale riguardante i finanziamenti alle scuole materne private e, di fatto, l'introduzione anticipata di un «sistema scolastico integrato» in Emilia Romagna. E di «ambiguità» noi stessi abbiamo parlato pubblicando nel precedente numero di Laicità il primo commento rilasciato in termini generali dal Comitato bolognese Scuola e Costituzione.*

*Su tale carattere «ambiguo», che ha lasciato comunque aperta la questione, vale certo e varrà la pena tornare a riflettere tanto nel merito quanto nelle prospettive. Ma si tratta solo di ambiguità? O è possibile avanzare altri e differenti giudizi e commenti in ottica laica, mentre ogni cosa resta in poco rassicurante movimento? Con minore immediatezza e maggiore ponderazione ci giungerebbero utili e gradite le tue considerazioni attuali.*

Era facilmente prevedibile che la Corte costituzionale, avanzando riserve su aspetti procedurali riguardanti il contenuto dell'ordinanza di rimessione del Tar dell'Emilia Romagna, avrebbe cercato ogni possibile soluzione per evitare di pronunciarsi in merito alla spinosa questione della legittimità costituzionale delle disposizioni che in tale regione hanno previsto il finanziamento pubblico delle scuole materne private.

Il primo risultato concreto della sentenza della Corte è che il merito della questione è impregiudicato e che sopravvive la legge della regione Emilia Romagna, che ha anticipato i tempi di una questione nazionale; il Comitato bolognese «Scuola e Costituzione» e gli altri enti che opportunamente avevano proposto il ricorso che ha

---

\* In *Laicità*, 10, 1998, n. 3, pp. 1 e 8 e in *Laicità. Domande e risposte in 38 interviste*, a cura del Comitato torinese per la laicità della scuola, Torino, Claudiana, 2003, pp. 152-57.

determinato il giudizio di legittimità costituzionale della legge della Regione Emilia Romagna 24 aprile 1995, n. 52 (integrazioni alla legge regionale 25 gennaio 1983, n. 6 sul «Diritto allo studio») potranno ora tornare al Tar e chiedere che questo motivi meglio la sua richiesta.

Non ritengo che la decisione possa essere considerata come un segnale più generale di un orientamento favorevole ad ammettere la possibilità di introdurre in Italia un «sistema scolastico integrato», al pari di quello che è stato previsto in Emilia Romagna; anche in precedenza la Corte si era pronunciata ma mai è emersa una interpretazione tale da indurre a svalutare l'importanza del limite costituzionale contenuto nel terzo comma dell'art. 33 cost., sulla necessità cioè che la libertà della scuola privata incontri un limite nell'esigenza imprescindibile che non vi siano oneri per lo Stato.

Gli artt. 33 e 34 cost. rappresentano la risultante delle diverse tendenze emerse all'assemblea costituente in materia scolastica. Per quanto in particolare si riferisce al divieto di sovvenzioni alle scuole private, è da ricordare che esso è stato, sin dai primi anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, costantemente aggirato per ogni ordine e grado di scuola.

Sono noti i tentativi volti a sostenere che il divieto costituzionale dell'art. 33 è in realtà superabile ed assai frequenti sono state in questi anni le occasioni nelle quali si è fatto ricorso alle più cavillose distinzioni, nel tentativo di fornire argomenti che potessero consentire di aggirare l'ostacolo costituzionale; nel periodo più recente, anche a seguito della crescente contestazione dello «statalismo» e del «centralismo» si è sollecitato un profondo ripensamento dei rapporti pubblico/privato nell'ambito scolastico. Ma ogni testo di legge e, a maggior ragione, il testo di una disposizione inserita in una costituzione «rigida», va interpretato anzitutto per quel che dice, e in modo che quel che dice abbia un significato e non si risolva in un'interpretazione esattamente contrastante con le espressioni usate nel testo. *Senza* vuol dire *senza*; scuola *privata* vuol dire scuola *privata* e non può significare scuola *pubblica* (non statale); e *oneri per lo Stato* sono non soltanto i diretti finanziamenti, ma anche gli esoneri fiscali e tutte le agevolazioni che comportino un aggravio del bilancio statale. Sono tre le vie oneste per finanziare le scuole private: 1) far pagare per intero il servizio a chi lo richiede, cercando addirittura – ma senza oneri per lo Stato – di far concorrenza alla scuola pubblica

quanto ad efficienza; 2) raccogliere fondi in Italia ed all'estero per finanziarie quelle scuole e renderle accessibili a tutti gratuitamente o a bassi costi; 3) promuovere la revisione dell' art. 33 cost.

*2) Per ciò che più da vicino ci compete, l'interesse per la ora defunta Bicamerale si è ultimamente soffermato in particolare su ciò che il testo della Commissione (artt. 56 e 58) ha lasciato intravedere, pure relativamente alla scuola, in materia di «funzioni pubbliche» richiamantisi ai «principi di sussidiarietà e differenziazione» nonché in materia di settori di «potestà legislativa» attribuiti alle spettanze dello Stato. Pensiamo soprattutto alle lesioni e agli stravolgimenti che dalla possibile riproposizione di simili orientamenti potrebbero derivare per il sistema scolastico e per la stessa laicità della scuola italiana in rapporto ai compiti primari della Repubblica, ponendosi in forse, anche sotto questo profilo, questioni di principio che riteniamo inderogabili; e sollecitiamo pertanto le tue osservazioni in proposito.*

Per quanto in particolare si riferisce agli artt. 56 e 58 del progetto di riforma, ricordo innanzi tutto che il testo dell'art. 56 risultante dagli emendamenti approvati dall'assemblea stabiliva che «nel rispetto delle attività che possono essere adeguatamente svolte dall'autonoma iniziativa dei cittadini, anche attraverso le formazioni sociali, le funzioni pubbliche sono attribuite a Comuni, Province o Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà e differenziazione» e che la titolarità di tali funzioni compete rispettivamente agli enti sopra indicati, «secondo i principi di omogeneità e adeguatezza...». Nel dare una valutazione di tale disposizione, non può prescindersi da un confronto con il testo che era stato approvato dalla Commissione bicamerale il 30 giugno 1997. Infatti, il nuovo testo nasceva proprio in contrapposizione al precedente, rispetto al quale costituiva senz'altro un positivo superamento. Nel testo dell'art. 56 approvato a giugno, la titolarità e l'esercizio delle funzioni pubbliche venivano riferiti anche ai soggetti privati. Nel nuovo testo, veniva superato il concetto di funzione pubblica esercitata dai privati e tale scelta era certamente da condividere. Tuttavia, si sarebbe posto un problema relativo ai limiti dell'esercizio delle funzioni pubbliche. Da questo punto di vista, non c'era bisogno dell'enunciato contenuto nell'art. 56, perché nei principi generali e nella prima parte della Costituzione

c'è già una risposta, che a ben vedere coincide con il pensiero della cultura cattolica che riconosce la precedenza sostanziale della persona umana rispetto allo Stato. L'utilità del nuovo testo dell'art. 56 risiedeva, allora, proprio nel fatto che esso sanciva il superamento della posizione espressa nel testo di giugno. Certo, anche il testo ultimo presentava delle ambiguità, ma, tenendo conto del contesto in cui era nato, deve riconoscersi che esso costituiva un passo avanti rispetto al testo precedente.

## *Vecchi e nuovi problemi in tema di scuola pubblica e scuola privata\**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le disposizioni costituzionali in materia di istruzione, con particolare riferimento alla questione del finanziamento delle scuole private. - 3. Il problema dei rapporti tra scuola pubblica e scuola privata negli anni più recenti. - 4. Un ministro del partito della sinistra propone un nuovo progetto di riforma della scuola «per l'espansione, la diversificazione e l'integrazione dell'offerta formativa nel sistema pubblico dell'istruzione e della formazione». - 5. Ruolo dei privati nello svolgimento dei compiti assegnati alla scuola della repubblica. - 6. Conclusioni.

1. Quando ci si propone di scrivere un contributo in onore di un collega caro e prestigioso, si vorrebbe innanzi tutto scegliere un argomento in qualche misura collegato con gli interessi di chi si intende onorare. In questo caso la scelta mi è stata facilitata dal sentimento di ammirazione che nutro (ho sempre nutrito) per Piero Bellini come educatore laico. Lo conosco da più di trent'anni, cioè dal 1965, quando anch'io ho iniziato l'attività di magistrato della corte dei conti, e da quindici anni insegno con lui nella stessa università; da quando lo conosco, il mio amico Piero Bellini ha sempre rappresentato per me un costante punto di riferimento: il riferimento dunque di una vita ed un esempio difficile da imitare per la difficoltà di esercitare con pari dedizione e con uguali capacità l'impegno professionale e la passione civile dimostrati nell'esercizio dei suoi compiti.

Non soltanto la scuola, l'università, intese nel rapporto inscindibile di didattica e di ricerca, hanno sempre rappresentato la sede esclusiva del suo impegno quotidiano, ma la questione scolastica, nei suoi più diversi aspetti, è stato uno dei temi ai quali Piero Bellini ha dedicato alcuni suoi scritti di grande importanza che sono a mio avviso tra gli studi più significativi al riguardo<sup>1</sup>. È dunque al problema della scuola

---

\* In *Studi in onore di Piero Bellini*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1999, pp. 381-96.

<sup>1</sup> Cfr. in particolare *La religione nella scuola pubblica dal liberalismo al fascismo*,

che è dedicato questo mio contributo: un problema con riferimento al quale alcune questioni si sono poste molto tempo fa<sup>2</sup>, altre rappre-

---

in *Città e regione*, 1977, pp. 119-32 e in P. BELLINI, *Saggi di diritto ecclesiastico italiano*, II, Rubbettino, Soveria Mannelli 1996, pp. 491-506; *Istruzione privata e sovvenzionamenti pubblici*, in *il tetto*, 1985, pp. 458-77 [vedilo anche in AA.VV., *Stato e scuola oggi: l'opinione laica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1986 e in P. BELLINI, *Saggi*, cit., pp. 507-23]; *Considerazioni critiche sull'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche*, in *Giur. cost.*, 1987, pp. 188-214 [vedilo anche in *Rossoscuola (Scuola: il concordato della discordia)*, 1988 pp. 15-36 e in P. BELLINI, *Saggi*, cit., pp. 525-50; con riferimento a tele scritto si veda anche, con modifiche, *Note poco liete su un dibattito: l'ora di religione in Parlamento*, in *il tetto*, 1989, pp. 5-12], Cfr. anche P. BELLINI, *Le leggi ecclesiastiche separatiste e giurisdizionaliste (1848-1867)*, in AA.VV., *La legislazione ecclesiastica*, Atti del congresso celebrativo delle leggi amministrative di unificazione, Neri Pozza, Vicenza 1967, p. 145 ss.

<sup>2</sup> Non vi è dubbio che le leggi e gli altri atti normativi in materia scolastica rappresentino tra i più importanti interventi del nostro legislatore nazionale e che non si può comprendere la storia d'Italia e la politica ecclesiastica italiana senza attribuire un adeguato rilievo alle leggi in tema di scuola, tra le quali mi limito qui a ricordare le seguenti: r.d. 4 ottobre 1848, n. 818 (Piemonte, c.d. legge Boncompagni); 1. 22 giugno 1857, n. 2328, sull'istruzione e l'educazione religiosa (Piemonte, cd. legge Lanza); 1. 13.11.1859, n. 3725, sull'istruzione pubblica (Piemonte, cd. legge Casati); 1. 15 luglio 1877, n. 3961, sull'istruzione elementare obbligatoria (cd. legge Coppino) sulla quale cfr. la bella pagina di P. BELLINI, *La religione nella scuola pubblica dal liberalismo al fascismo*, cit., p. 485, che la definisce «legge progressista di eccezionale importanza»; 1. 23 giugno 1877, n. 3198, sull'abolizione dei direttori spirituali nelle scuole secondarie; r.d. 14 settembre 1889, n. 3493, sull'abolizione dell'insegnamento della religione nelle scuole normali; r.d. 1° ottobre 1923, n. 2185, sui gradi scolastici e sui programmi didattici dell'istruzione elementare (c.d. riforma Gentile); ordinanza ministero pubblica istruzione 11 novembre 1923; ordinanza ministero pubblica istruzione 10 gennaio 1924; r.d. 22 gennaio 1925, n. 432, testo unico delle leggi sull'istruzione elementare e post-elementare; r.d. 5 febbraio 1928, n. 577, testo unico delle leggi sull'istruzione elementare e post-elementare; r.d. 26 aprile 1928, n. 1297, regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare; concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, spec. artt. 36, 37, 38; 1. 24 giugno 1929, n. 1159, sull'esercizio dei culti ammessi nello stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi; r.d. 28 febbraio 1930, n. 289, norme di attuazione della 1. 24 giugno 1929, n. 1159 sui culti ammessi nello stato; 1. 5 giugno 1930, n. 824, sull'insegnamento della religione negli istituti medi di istruzione; r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, testo unico delle leggi sull'istruzione superiore; circ. del ministero dell'educazione nazionale sulle lauree in sacra teologia; costituzione della repubblica 27 dicembre 1947, spec. artt. 33 e 34; d.p.r. 14 giugno 1955, n. 503, programmi didattici per la scuola primaria; d.p.r. 3 novembre 1955, n. 1388, norme e avvertenze per la compilazione dei libri di testo per le scuole elementari; d.p.r. 11 giugno 1958, n. 584, programmi didattici per le scuole materne; l. 31 dicembre 1962, n. 1859,

sentano tra i temi più attuali e complessi della politica italiana e non solo italiana<sup>3</sup>.

---

sull'istituzione e ordinamento della scuola media statale; l. 18 marzo 1968, n. 444, ordinamento della scuola media statale; d.p.r. 10 settembre 1969, n. 647, ordinamenti dell'attività educativa nelle scuole materne statali; l. 30 luglio 1973, n. 477, sull'organizzazione dell'amministrazione scolastica; d.p.r. 31 maggio 1974, nn. 416, 417, 418, 419, sull'istituzione degli organi collegiali; l. 16 giugno 1977, n. 348, modifiche di alcune norme della l. 31 dicembre 1962, n. 1859, sull'ordinamento e l'istituzione della scuola media statale; d.p.r. 6.2.1979, n. 50, nuovi programmi e orari di insegnamento e prove di esame per la scuola media statale; d.p.r. 11 luglio 1980, n. 382, riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica; decreto ministro pubblica istruzione 14 gennaio 1981, nomina della commissione per la preparazione dei nuovi programmi didattici della scuola primaria; patto di villa Madama sottoscritto tra Italia e santa sede il 18 febbraio 1984, spec. artt. 9 e 10; l. 11 agosto 1984, n. 449, norme per la regolazione dei rapporti tra lo stato e le chiese rappresentate dalla tavola valdese, spec. art. 9; d.p.r. 12 febbraio 1985, n. 104, approvazione dei nuovi programmi didattici per la scuola primaria; l. 19.11.1990, n. 341, riforma degli ordinamenti didattici universitari; d.p.r. 6.9.1996, n. 522, regolamento concernente l'organizzazione del ministero dell'università e della ricerca scientifica; d.l. 13.9.1996, n. 475, conv. in l. 5.11.1996, n. 573, misure urgenti per le università e gli enti di ricerca; l. 15 marzo 1997, n. 59, delega al governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed agli enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa (spec. art. 21); l. 15 maggio 1997, n. 127, misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo; disegno di legge n. 2741 presentato al senato nella XIII legislatura dal ministro della pubblica istruzione e dell'università e delle ricerche scientifica e tecnologica e contenente le «Disposizioni per il diritto allo studio e per l'espansione, la diversificazione e l'integrazione dell'offerta formativa nel sistema pubblico dell'istruzione e della formazione» (comunicato alla presidenza il 5 agosto 1997).

<sup>3</sup> Com'è noto la bibliografia sulla questione scolastica in Italia, valutata da un punto di vista storico, è sconfinata. Tra i numerosi contributi cfr., anche per riferimenti bibliografici, L. BORGHI, *Le violazioni della libertà religiosa nella scuola*, in AV.VV., *La libertà religiosa*, La Nuova Italia, Firenze 1956, p. 56 ss.; Id., *Educazione religiosa e istruzione confessionale*, Dall'Oglio, Milano 1970; L. BORGHI, G. PORROTTI, L. RODELLI, *La scuola del Concordato*, Dall'Oglio, Milano 1971; D. BERTONI JOVINE, *La scuola italiana dal 1870 ai giorni nostri*, Editori Riuniti, Roma 1972; M. GATTULLO, *La politica scolastica del centro-sinistra (1968-72)*, in *Riv. storia contemporanea*, 1973, n. 1; E. CHIOSSO, *I partiti e la politica scolastica in Italia tra il 1968 ed il 1974*, in *Pedagogia e vita*, 1974; D. FAVI, M. GIGANTE, S. LARICCIA, *Questione cattolica e scuola clericale*, Officina, Roma 1974; A. PIZZORUSSO, *La comunità scolastica nell'ordinamento repubblicano*, in *Foro it.*, 1975, e. 221; G. QUAZZA, *La scuola in Italia (1945-1975)*, in AA.VV., *Fascismo, antifascismo, resistenza*, Feltrinelli, Milano 1975; G. ZAGREBELSKY, *Pubblicità e segretezza nelle sedute dei consigli scolastici di circolo e di istituto: due*

2. Le disposizioni costituzionali in materia di istruzione prevedono un sistema pluralistico tendente a garantire il diritto dei bambini e dei ragazzi di iscriversi alle scuole e alle università ispirate liberamente ai vari orientamenti di pensiero politico-sociali diffusi nel paese. Il costituente ha ammesso la coesistenza delle scuole private con quelle statali, stabilendo, nell'art. 33 cost., che gli enti ed i privati sono liberi di "istituire" scuole ed istituti di educazione, purché non derivi alcun onere finanziario per lo stato (3° comma) e che le scuole private ed i loro alunni hanno diritto ad un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni delle scuole statali (4° comma). Nel primo comma della stessa disposizione è stabilito il principio che «l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento».

È opportuno qui ricordare, sia pure sinteticamente, che il problema della scuola privata e delle sue condizioni economiche si pose in assemblea costituente sin dalle prime sedute nelle quali venne affrontata la questione della disciplina costituzionale in materia scolastica. La discussione sui «principi dei rapporti sociali (culturali)» iniziò il 18 ottobre 1946 nella prima sottocommissione e di essa furono relatori gli onorevoli Aldo Moro e Concetto Marchesi.

Si ripropose nei termini tradizionali il problema dei rapporti tra

---

*modi alternativi di concepire la natura e la funzione dei nuovi organi collegiali*, in *Foro it.*, 1975, V, e. 227; A. TALAMANCA, *Libertà della scuola libertà nella scuola*, Cedam, Padova 1975; G. CANESTRI, *Scuola e politica scolastica in Italia dalla Resistenza al 68*, in *Riv. storia contemporanea*, 1977, n. 2; F. MARGIOTTA BROGLIO, *Per la storia della politica ecclesiastica italiana: la "restaurazione" gentiliana e l'art. 36 del Concordato*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Volterra*, V, Giuffrè, Milano 1977, p. 721 ss.; T. TOMASI, *Scuola e pedagogia in Italia. 1948-1960*, Editori Riuniti, Roma 1977; ID., *L'educazione infantile tra Chiesa e Stato*, Vallecchi, Firenze 1978; ID. (a cura di), *La scuola secondaria in Italia (1858-1977)*, Vallecchi, Firenze 1978; L. AMBROSOLI, *Libertà e religione nella riforma Gentile*, Vallecchi, Firenze 1980; L. AMBROSOLI, *La scuola in Italia dal dopoguerra ad oggi*, il Mulino, Bologna 1982; G. CANESTRI, *Centovent'anni di storia della scuola. 1861-1983*, Loescher, Torino 1983; S. De SIMONE, M. SALAZAR, *La nuova scuola italiana*, I, *Commento alle legge 30.7.1973, n. 477 ed ai decreti delegati 31.5.1974, nn. 416 e 419*, II ed., Giuffrè, Milano 1983; G. BINI, *Senza oneri per lo Stato. Rileggendo il dibattito alla Costituente sul tema della scuola privata*, in *Rinascita*, 24 novembre 1984, p. 36; G. CHIOSSO, *I cattolici e la scuola dalla Costituente al centro sinistra*, La Scuola, Brescia 1988; G. CIVES (a cura di), *La scuola italiana dall'Unità ai nostri giorni*, La Nuova Italia, Firenze 1990; G. KAPPAZZO, A. PIETRELLA, *La gestione collegiale della scuola. Fonti normative. Dottrina-giurisprudenza-commento*, II ed., Giuffrè, Milano 1992; M. SALAZAR, *La gestione sociale della scuola*, Giuffrè, Milano 1995.

scuola di stato e scuola privata (quest'ultima, nella situazione italiana, coincide, con alcune limitate, anche se significative, eccezioni, con la scuola gestita da istituti ecclesiastici): il tema centrale di tutta la discussione fu quello delle garanzie della libertà della scuola privata e della sua equiparazione alla scuola statale; le forze di ispirazione cattolica tendevano a configurare questa garanzia di libertà della scuola privata come una proiezione del diritto della famiglia all'educazione della prole. Il testo proposto dai democristiani era il seguente: «Lo Stato provvede all'istruzione con scuole proprie e degli atti autonomi. Lo Stato concederà sussidi alle scuole private in ragione del numero dei frequentanti e del rendimento scolastico accertato negli esami di Stato».

Il testo venne sottoposto ad una approfondita critica da parte di Concetto Marchesi, relatore ufficiale per le sinistre, il quale rilevò che «la Chiesa, istituzione divina, è convinta di possedere la verità e consente la sola libertà di propagandare il vero e non l'errore: un principio ben lontano da quello che regge la scuola di Stato, che non possiede nessuna verità e che si sforza solo di garantire a tutti, insegnanti e alunni, un eguale valore di pensiero».

A conclusione della seduta del 22 ottobre 1946, Aldo Moro dichiarò che il suo partito, riconoscendo il carattere di compromesso della costituzione dell'Italia democratica, rinunciava a porre il problema della gerarchia degli enti (famiglia, chiesa, stato) ed accettava il principio della funzione generale dello stato in materia educativa, a condizione che fosse consentita l'attività educativa non statale; nella seduta del giorno successivo lo stesso Moro precisò che la democrazia cristiana non richiedeva finanziamenti ma solo garanzie di effettiva libertà per la scuola non statale: e per precisare il significato della formula proposta dai rappresentanti della democrazia cristiana egli chiarì che, «parlando di efficienza, non si postulava alcun intervento dello Stato, non si richiedevano sussidi allo Stato per rendere efficienti le scuole, ma si richiedeva semplicemente la garanzia di una effettiva libertà».

Nel proseguimento della discussione Concetto Marchesi, comunista, domandò se la democrazia cristiana era disposta ad accettare il principio che la scuola privata non avesse diritto ai sovvenzionamenti a carico della finanza pubblica; Lucifero, monarchico, e Mastrojanni, qualunquista, espressero l'esigenza che borse di studio potessero essere concesse agli alunni delle scuole private, a determinate condizioni e con controllo statale. Ma in proposito Giuseppe Dossetti intervenne

a precisare che il problema non consisteva nella concessione di borse di studio, bensì nel riconoscimento di vere garanzie di libertà.

Anche la discussione generale in aula, che si svolse nell'aprile 1947, riguardò l'intera questione della libertà della scuola. In un primo momento (seduta del 17 aprile) Merlin e Moro osservarono che da parte democristiana non si poneva la richiesta di sovvenzioni; ma il 18 aprile la questione dei sussidi fu posta all'attenzione dell'assemblea in due interventi di Colonnetti e Monterisi, i quali rispettivamente rilevarono che, se non si intendeva rendere la scuola privata accessibile solo ai ricchi, occorreva garantire il diritto di tutti di ottenere l'assistenza, anche economica, dello stato e che, in caso contrario, i genitori cattolici che avessero mandato i figli alla scuola privata, avrebbero pagato due volte, una volta come contribuenti del pubblico erario e una volta come utenti dell'istituzione privata. Il 22 aprile tuttavia Moro ribadì che il suo partito non chiedeva il finanziamento, anche se la richiesta – egli osservò – avrebbe avuto un «fondamento logico», dovendosi ritenere sufficiente garanzia che i capaci e meritevoli non fossero obbligati a frequentare la scuola di stato. Nei giorni seguenti Dossetti, Gonella, Bernini, Gronchi e Marchesi presentarono un testo unificato, contenente la formula, poi divenuta definitiva, dell'equipollenza di trattamento: con riferimento a tale formula Tristano Codignola aveva osservato che essa avrebbe potuto significare parità di trattamento anche economico tra i due tipi di scuola; in proposito Dossetti intervenne però a precisare che fin dall'inizio dei lavori il suo partito si era preoccupato della parità della scuola, ma non aveva «mai inteso con questa risolvere il problema di eventuali aiuti economici da parte dello Stato alla scuola non statale, ma garantire in modo concreto ed effettivo la libertà di questa scuola e la parità dei suoi alunni rispetto a quelli della scuola statale».

Equipollenza, secondo Dossetti, significava «equivalenza a tutti gli effetti giuridici delle carriere e dei titoli scolastici degli alunni delle scuole non statali di fronte a quelli della scuola statale».

Ma né la frase originaria – «parità di trattamento» – né quella del testo poi approvato – «equipollenza di trattamento» – implicavano la necessità di un obbligo finanziario a carico dello stato.

Con riferimento poi alla formula che attualmente costituisce il contenuto dell'art. 33, 3° comma, riguardante il diritto degli enti e dei privati di «istituire» scuole ed istituti di istruzione, Corbino, Mar-

chesi, Preti, Binni, Codignola e Badini Confalonieri, a nome dello schieramento laico, proposero l'aggiunta «senza oneri per lo Stato», formula che venne poi approvata, con voto contrario degli esponenti della democrazia cristiana, dopo che Gronchi aveva espresso il timore che in questo modo si impedisse allo stato di sovvenzionare le scuole comunali e provinciali, e che Corbino aveva osservato che l'emendamento non negava la facoltà, ma solo l'obbligo dello stato di sovvenzionare le scuole private; Codignola aggiunse che il sussidio alle scuole professionali non era escluso.

3. Gli artt. 33 e 34 cost. rappresentano dunque la risultante delle diverse tendenze emerse all'assemblea costituente in materia scolastica. Per quanto in particolare si riferisce al divieto di sovvenzioni alle scuole private, è da ricordare che esso è stato, sin dai primi anni dopo l'entrata in vigore della costituzione, costantemente aggirato per ogni ordine e grado di scuola.

Dopo cinquant'anni da quando il problema del rapporto e della concorrenza tra "scuola pubblica" e "scuola privata cattolica" è stato esaminato in assemblea costituente, esso rappresenta ancora una delle questioni più discusse e controverse della politica scolastica del nostro paese. Esaminare il problema dal punto di vista costituzionale significa prendere atto che qualunque riforma normativa riguardante il problema della politica scolastica deve essere impostata tenendo presente che la costituzione disciplina diversamente la scuola pubblica e la scuola privata, che sono istituzioni obiettivamente diverse, e stabilisce che l'intervento educativo privato debba avvenire "senza oneri per lo Stato" (art. 33, 3° comma): la scuola privata non ha dunque *diritto* a ricevere contributi economici da parte dell'erario, anche se sovvenzioni possono essere concesse per soddisfare le legittime aspettative delle popolazioni di fruire del diritto allo studio; per esempio, le norme sul diritto allo studio, che dal 1972 sono state delegate dallo stato alle regioni, escludono i contributi alle scuole private, mentre non escludono che sussidi, borse di studio e buoni-libro possano essere concessi ai singoli studenti delle scuole non pubbliche.

Talune organizzazioni operanti nel settore dell'istruzione cattolica rilevano che lo stato, per un *incomprensibile pregiudizio*, nega i fondi alla scuola privata di ogni ordine e grado e che perciò molti istituti si trovano nella concreta impossibilità di sopravvivere e di svolgere

la loro funzione. Su questa premessa appare fondata l'opinione che attribuisce allo stato "democratico e pluralista" il compito di sollevare la scuola cattolica da oneri fiscali che sono assurdi se rapportati alla funzione sociale che assolve; di eliminare tutte le differenze esistenti tra insegnanti di scuole private e insegnanti a ruolo pubblico; di intervenire direttamente a sostegno delle spese di gestione, garantendo tuttavia alla scuola il diritto di scegliere i propri insegnanti secondo suoi precisi orientamenti.

Ma è la costituzione che stabilisce con chiarezza il ruolo prioritario della "scuola pubblica", la centralità dello stato repubblicano per tutto ciò che attiene al problema dell'istruzione.

Sono noti i tentativi volti a sostenere che il divieto costituzionale dell'art. 33 è in realtà superabile ed assai frequenti sono state in questi anni le occasioni nelle quali si è fatto ricorso alle più cavillose distinzioni, nel tentativo di fornire argomenti che potessero consentire di aggirare l'ostacolo costituzionale; nel periodo più recente, anche a seguito della crescente contestazione dello "statalismo" e del "centralismo" si è anche sollecitato un profondo ripensamento dei rapporti pubblico/privato nell'ambito scolastico. Ma ogni testo di legge e, a maggior ragione, il testo di una disposizione inserita in una costituzione "rigida", va interpretato anzitutto per quel che dice, e in modo che quel che dice abbia un significato e non si risolva in un'interpretazione esattamente contrastante con le espressioni usate nel testo. *Senza* vuol dire *senza*; scuola *privata* vuol dire scuola *privata* e non può significare scuola *pubblica* (non statale); e *oneri per lo stato* sono non soltanto i diretti finanziamenti, ma anche gli esoneri fiscali e tutte le agevolazioni che comportino un aggravio del bilancio statale. Come più volte ha avuto occasione di precisare uno studioso del prestigio di Paolo Sylos Labini, se si vogliono evitare le contorsioni, i cavilli e gli arzigogoli, tre sono le vie oneste per finanziare le scuole private: 1) far pagare per intero il servizio a chi lo richiede, cercando addirittura – ma senza oneri per lo stato – di far concorrenza alla scuola pubblica quanto ad efficienza; 2) raccogliere fondi in Italia ed all'estero per finanziare quelle scuole e renderle accessibili a tutti gratuitamente o a bassi costi; 3) promuovere la revisione dell'art. 33 cost.<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Di recente v. l'intervista pubblicata su *Il manifesto* del 5 novembre 1997, p. 6 (*Pari e dispari*. Sylos Labini: «solo» un inciso).

Non dovrebbero occorrere molte parole per confutare la tesi dell'ammissibilità di sovvenzioni alle scuole non statali. Ma la formula della norma costituzionale sulla libertà della scuola è nata da un compromesso e, come tutte le formule nate da compromessi, viene interpretata ricorrendo ad interpretazioni sofistiche, come sono quelle che da cinquant'anni continuano a sostenersi, richiamando una *voluntas legis* che giustificherebbe soluzioni opposte a quelle che si deducono dalle chiare espressioni contenute nella disposizione costituzionale: dimenticando, tra l'altro, che le precise dichiarazioni in assemblea costituente di Aldo Moro e di Giuseppe Dossetti non consentono di sostenere che, nei lavori che portarono all'approvazione dell'art. 33, possa ravvisarsi l'intento dei costituenti di prevedere il contributo finanziario alle scuole private.

Se la costituzione impone allo stato l'obbligo di provvedere al servizio dell'istruzione con l'istituzione di scuole statali o di enti pubblici diversi dallo stato, è evidentemente inesatta la tesi che per lo stato le scuole private eventualmente sovvenzionate costituirebbero un risparmio. Così come non può attribuirsi allo stato l'obbligo costituzionale non solo di consentire la libertà di scelta – questa sì, e solo questa, voluta dai costituenti – ma anche quella di renderla effettiva, se si considerano le «difficoltà pratiche di attuare il principio, data l'infinita varietà delle scelte possibili in materia e riferibili non solo alle correnti ideologiche ma anche ai metodi didattici e pedagogici»<sup>5</sup>.

Infine, anche a voler ammettere che la norma costituzionale si limiti a stabilire che la scuola privata non ha diritto a ricevere contributi economici da parte dell'erario e non preveda anche un divieto per lo stato di sovvenzionare le scuole non statali, è necessario considerare che solo nella scuola "pubblica" possono liberamente convivere diverse posizioni culturali e ideali. Ricordo in proposito quanto ha scritto, in una pagina autobiografica, Claudio Magris: «Uno dei luoghi di incontro – certo parziale, limitato, imperfetto, ma pur sempre reale – era la scuola, ovviamente la scuola pubblica, con le sue aule in cui c'era posto, se non ancora per tutti, per molti, abbienti e modesti, secchioni e ripetenti [...]. Non mi sarebbe mai passato per la mente di aspirare, né per me né per i miei figli, a queste comunità asettiche

---

<sup>5</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, IX ed., Cedam, Padova 1976, p. 1075.

ed endogamiche, anche a prescindere dalle nostre possibilità o meno di venirvi accolti, come non mi è passata mai per la mente l'idea di lasciare la scuola pubblica, malandata ma pur sempre specchio del mondo, per le serre artificiali della scuola privata. Ogni endogamia è asfittica, ogni ambiente uniforme è la negazione della vita e della crescita; ognuno ovviamente deve scegliersi la sua strada e specializzarsi nel suo lavoro, ma è perduto se si rinchiude in un mondo a senso unico, se frequenta solo il proprio clan, campus o college universitario, o salotto di gruppo, sede di partito o parrocchia, circolo culturale o collettivo studentesco. Ognuna di queste cerchie può essere frequentata o amata, come la famiglia, ma se costituisce l'unico orizzonte di un individuo diventa una prigione irrespirabile e regressiva, come la famiglia per un giovane che non esca mai di casa»<sup>6</sup>.

È dunque la scuola pubblica che, nonostante tutti i suoi malanni, resta ancora la soluzione preferibile per la formazione e l'educazione delle giovani generazioni. Ed è opportuno qui ricordare che l'ondata di sfiducia che avvolge la scuola pubblica deve soprattutto attribuirsi agli orientamenti di una classe politica che non ha mai affrontato con serietà ed impegno la politica scolastica, sempre relegata ad uno degli ultimi posti nelle scelte di priorità.

4. Nel programma dell'Ulivo presentato per le ultime elezioni politiche erano contenute alcune indicazioni a favore di un "superamento" delle problematiche scuola pubblica/scuola privata e per molti non è dunque stata una sorpresa la notizia, diffusa nel giugno del 1997, della presentazione di un disegno di legge di iniziativa governativa che, accogliendo le pressanti e ripetute richieste avanzate dal Vaticano e dalla conferenza episcopale italiana, si propone di finanziare le istituzioni private che offrono una formazione dichiaratamente "di tendenza", cioè ideologicamente caratterizzata<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> C. MAGRIS, *Quanti ghetti nel tempo della convivenza*, in *Corriere della Sera*, 29 dicembre 1996.

<sup>7</sup> Un appello contrario all'approvazione parlamentare del disegno di legge, sottoscritto da Piero Bellini, Maria Corda Costa, Alessandro Galante Garrone, Raffaele Laporta, Sergio Lariccia, Giunio Luzzatto, Franco Pitocco, Clotilde Pontecorvo, Stefano Rodotà, Antonio Santoni Rugiu, Aldo Schiavone, Angelo Semeraro, Nicola Tranfaglia, Aldo Visalberghi, è stato pubblicato sul quotidiano *la Repubblica* del 21 giugno 1997,

Il disegno di legge, presentato dal ministro della pubblica istruzione Luigi Berlinguer, assume la denominazione di «Disposizioni per il diritto allo studio e per l'espansione, la diversificazione e l'integrazione dell'offerta formativa nel sistema pubblico dell'istruzione e della formazione». Esso contiene quattro articoli, rispettivamente dedicati ai temi dell'offerta di istruzione e formazione (art. 1), dei requisiti dell'offerta formativa (art. 2), del diritto allo studio e dell'incentivazione della scolarizzazione e della formazione (art. 3), degli interventi per il diritto allo studio, l'istruzione e la formazione degli adulti (art. 4). Nella breve relazione che accompagna il disegno di legge si ricorda l'impegno del governo di «porre al centro della propria azione il potenziamento e la valorizzazione della persona umana nell'intero sistema formativo», si fa espresso riferimento agli esempi di riconoscimento del valore delle iniziative di enti privati (scuole elementari parificate, scuole elementari sussidiate, scuole pareggiate, licei linguistici «storici», nati come istituzioni private ed assunti dalla legge a parametri per la conformità degli ordinamenti di altre istituzioni consimili) e si precisa che il disegno di legge si propone di superare la frammentarietà dell'attuale ordinamento, per individuare caratteristiche dell'offerta formativa degli enti locali e dei privati che consentano di dettare regole generali ed uniformi, in un quadro che dia garanzia di stabilità e di qualità e consenta di dare attuazione ai precetti costituzionali in tema di istruzione ed educazione dei figli (artt. 30 e 31) e in materia scolastica (artt. 33 e 34). Con specifico riferimento al divieto costituzionale, contenuto nell'art. 33, 3° comma, che impedisce di prevedere oneri finanziari per lo stato, si osserva che il precetto costituzionale «appare» «pienamente rispettato, in quanto l'intervento è volto a sostenere i genitori e gli alunni, ciò che la Corte costituzionale ha già ritenuto legittimo in alcune pronunce, delle quali particolarmente significativa è quella in materia di fornitura gratuita dei libri di testo (sentenza n. 454 del 15-30 dicembre 1994), nella quale si afferma che la natura dell'istituto di istruzione non può impedire la corresponsione di aiuti agli alunni, anche nel caso si tratti di istituzione meramente privata». Nella relazione ci si preoccupa di

---

p. 10. Un documento critico sul disegno di legge, sottoscritto da Carlo Ottino, Lidia De Federicis, Marisa Perna, Cesare Pianciola, è stato pubblicato sul trimestrale *Laicità*, ottobre 1997, p. 1.

chiarire che «l'impianto di tutto il provvedimento è peraltro incentrato sulla scuola statale, che è parametro di riferimento organizzativo e ordinamentale per tutte le iniziative complementari affidate alla libera iniziativa di enti e privati. Il Governo intende con ciò ribadire che la scuola statale è e resta la struttura portante del sistema di istruzione del Paese, e che il riconoscimento delle scuole paritarie non incide sull'obbligo della Repubblica di istituire scuole statali per ogni ordine e grado su tutto il territorio nazionale».

La presentazione del disegno di legge governativo ha suscitato, oltre ad alcuni consensi, anche molte critiche<sup>8</sup>, che riguardano soprattutto l'ambiguità del progetto che, generalizzando la c.d. offerta formativa dalla prima infanzia lungo tutto l'arco della vita, sulla base della formula di Jacques Delors e del rapporto UNESCO del 1996, non distingue le due diverse funzioni del sistema complessivo della formazione e dell'istruzione: la prima riguardante la formazione-istruzione di carattere generale, che non può che essere compito dello stato, la seconda che riguarda invece la formazione professionale, i corsi di riqualificazione, quelli di aggiornamento professionale, la formazione ricorrente, che possono essere offerti da parte dello stato, delle regioni, degli enti locali e dei privati. Margini di incertezza che preoccupano sono quelli attinenti al problema del reclutamento degli insegnanti, con riferimento ad una materia che da sempre rappresenta forse meglio di altre un aspetto decisivo per dubitare della reale possibilità di prevedere un sistema di parità della scuola privata conforme al precetto costituzionale dell'art. 33, 3° comma<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Tra i molti interventi mi limito a ricordare, oltre a quelli già segnalati nelle note precedenti, i seguenti: C. PIANCIOLA, *Scuola pubblica scuola privata*, in *Ha Keillah*, ottobre 1997, p. 1; A. VISALBERGHI, *Più qualità nella scuola*, in *la Repubblica*, 9 ottobre 1997, p. 11; A. SCHIAVONE, *Scuola, uno statuto dei diritti. Istituti pubblici-istituti privati, la politica del governo si sta rivelando un calvario*, in *la Repubblica*, 31 ottobre 1997, p. 13; E. GENTILONI, *Parità, un ombrello pieno di equivoci*, in *il manifesto*, 12 novembre 1997, p. 11; A. VISALBERGHI, *Duello sulla scuola del futuro. Il contenzioso sulla parità fra istituti pubblici e privati mette a rischio la riforma*, in *la Repubblica*, 2 dicembre 1997, p. 15; L. TORNABUONI, *Solamente gli studenti*, in *La Stampa*, 4 dicembre 1997, p. 6.

<sup>9</sup> Per comprendere quale sia la posizione di autorevoli esponenti della gerarchia ecclesiastica a proposito della rapporto tra libertà della scuola e libertà nella scuola, cfr. la risposta data dal vescovo di Como, Alessandro Maggolini, che scrive spesso sul quotidiano *Il Sole-24 ore*, alla seguente domanda rivoltagli da un lettore: «nella "scuola

Ma è soprattutto con riferimento alla questione del finanziamento, che appare evidente l'ambiguità e la pericolosità della proposta contenuta nel disegno di legge. Come si è giustamente osservato, è inaccettabile che la configurazione concreta del finanziamento sia rimandata alle estenuanti e rischiose contrattazioni della finanziaria, in balia delle maggioranze trasversali che si possono di volta in volta formare; è inaccettabile il marchingegno adottato per aggirare il dettato costituzionale: le somme sono «destinate agli alunni» ma «sono accreditate presso le scuole stesse»; è inaccettabile che si tenti di catturare il consenso dei genitori delle scuole pubbliche finanziando le «paritarie» all'interno di interventi a favore dei genitori delle statali; senza contare che per accedere allo *status* di «scuole pubbliche paritarie» e ai relativi finanziamenti le scuole private dovrebbero sottoporsi a organismi di controllo per ora inesistenti e di complessa attuazione, come il servizio nazionale per la qualità dell'istruzione<sup>10</sup>.

5. Come si è ricordato in precedenza, nella relazione al disegno di legge governativo si sottolinea l'importanza e l'attualità di provvedimenti intesi a porre al centro dell'azione governativa «il potenziamento e la valorizzazione della persona umana».

Il problema dei diritti della persona umana era stato posto, sin dal 9 settembre 1946, da Giuseppe Dossetti in relazione ai testi da approvare nella costituzione dell'Italia repubblicana e democratica, e con specifico riferimento alla relazione La Pira, il quale aveva sostenuto che, a

---

libera" [...] sarebbe ammesso un insegnante il quale sostenesse, poniamo, che il racconto della Genesi è una delle tante cosmogonie mitologiche antiche, qualitativamente non diversa dai racconti di un Omero o di un Esiodo? O un insegnante il quale, durante l'ora di educazione civica, affermasse che l'uso della pillola, il divorzio, e in certi casi anche l'aborto, sono scelte non solo legittime, ma anche proprie di un Paese civile? O che semplicemente fosse divorziato o non battezzato, e lo dichiarasse pubblicamente?». Questa e la risposta: «Per quanto concerne l'insegnante che sostenesse ciò che l'illustre lettore dice e altro di simile, ritengo che questo insegnante sarebbe certamente da ammettere a una libera scuola voluta da genitori e da studenti che condividessero quelle idee»: in *Il Sole-24 ore*, 31 ottobre 1997, p. 5. Per una più compiuta valutazione del problema da parte dello stesso autore, cfr. A. MAGGIOLINI, *Silenzio sospetto sulla scuola libera*, *ivi*, 19 ottobre 1997, p. 17.

<sup>10</sup> Cfr. il già citato documento sottoscritto da Carlo Ottino, Lidia De Federicis, Marisa Perna, Cesare Pianciola.

suo giudizio, la sottocommissione per la costituzione avrebbe dovuto fissare i punti fondamentali della impostazione sistematica sulla quale avrebbe dovuto basarsi la dichiarazione dei diritti, «che non possono non essere comuni a tutti». Togliatti era intervenuto osservando che le espressioni di Dossetti potevano senz'altro costituire la base per un ampio terreno di intesa, ammettendo che fra lui e Dossetti c'era differenza nel definire la persona umana, ma non nell'indicare lo sviluppo ampio e libero di questa come fine della democrazia.

Dossetti aveva presentato il seguente ordine del giorno: «La Sottocommissione esaminate le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell'uomo; esclusa quella che si ispiri a una visione soltanto individualistica; esclusa quella che si ispiri a una visione totalitaria, la quale faccia risalire allo Stato l'attribuzione dei diritti dei singoli e delle comunità fondamentali; ritiene che la sola impostazione veramente conforme alle esigenze storiche, cui il nuovo statuto dell'Italia democratica deve soddisfare, è quella che: a) riconosca la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali, ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella; b) riconosca ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda, mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari, territoriali, professionali, religiose, ecc), e quindi per tutto ciò affermi l'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato».

La proposta di Dossetti suscitò un vivace dibattito nella sottocommissione. Il presidente Tupini ritirò però dalla votazione la proposta medesima per non riacutizzare la discussione<sup>11</sup>.

Questo problema dei rapporti tra poteri pubblici e diritti della persona umana assume tuttora una grande importanza: ed infatti, il dibattito sollevato dalla proposta di Dossetti è stato ripreso nella commissione bicamerale per le riforme costituzionali, a proposito

---

<sup>11</sup> V. sul punto il volume G. DOSSETTI (1994), *La ricerca costituente (1945-1952)*, a cura di A. MELLONI, spec. pp. 101-6.

dell'approvazione della formula contenuta nell'art. 56 del progetto di riforma della costituzione del 4 novembre 1997<sup>12</sup>.

È noto che la questione dei rapporti tra ruolo dei soggetti pubblici e privati nell'esercizio delle funzioni pubbliche ha rappresentato uno dei problemi sui quali si sono incontrate maggiori difficoltà durante i lavori della commissione bicamerale che ha lavorato nei mesi scorsi. Il testo approvato il 30 giugno 1997 era il seguente: «Le funzioni che non possono essere più adeguatamente svolte dalla autonomia dei privati sono ripartite tra le Comunità locali, organizzate in Comuni e Province, le Regioni e lo Stato, in base al principio di sussidiarietà e di differenziazione, nel rispetto delle autonomie funzionali, riconosciute dalla legge. La titolarità delle funzioni spetta agli enti più vicini agli interessi dei cittadini, secondo il criterio di omogeneità e di adeguatezza delle strutture organizzative rispetto alle funzioni medesime».

Questo testo aveva suscitato le critiche di quanti avevano osservato che con l'approvazione di tale disposizione si sarebbe determinato un completo ribaltamento delle priorità stabilite nella prima parte della costituzione, nella quale il compito di esercitare le funzioni pubbliche viene attribuito ai soggetti pubblici. Di fronte ai rischi di una implicita funzionalizzazione delle attività dei privati ai fini pubblici, nel periodo successivo all'approvazione del primo testo sono state proposte alcune formulazioni alternative. In alcune proposte si è ipotizzato di dichiarare la sfera di autonomia dei privati, al fine di soddisfare l'esigenza di rispetto di tale sfera; in altre si è ritenuto di collegare il principio alla tutela dell'autonomia dei privati e delle formazioni sociali, in maggiore coerenza con il principio contenuto nell'art. 2 cost., nel quale è previsto l'impegno della repubblica di riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità.

Il testo approvato il 4 novembre 1997 è il seguente: «Nel rispetto delle attività che possono essere adeguatamente svolte dall'autonomia iniziativa dei cittadini, anche attraverso le formazioni sociali, le funzioni pubbliche sono attribuite a Comuni, Province, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà e di differenziazione.

---

<sup>12</sup> Cfr. in proposito L. ELIA, *La persona prima dello Stato*, in *Il Popolo*, 19 settembre 1997, p. 1; G. DALLA TORRE, *Un, pieno di sussidiarietà*, in *Avvenire*, 26 settembre 1997.

La titolarità delle funzioni compete rispettivamente ai Comuni, alle Province, alle Regioni e allo Stato, secondo i criteri di omogeneità e adeguatezza. La legge garantisce le autonomie funzionali».

Si tratta di un problema di grande complessità ed ampiezza, che non può essere qui adeguatamente considerato e che riguarda la presenza del privato nell'esercizio dei compiti tradizionalmente ritenuti di competenza dei soggetti pubblici; in materia scolastica, ha osservato Massimo D'Alema, «viene considerato servizio pubblico anche ciò che può essere gestito dal privato, purché questo servizio non abbia una finalità di lucro e corrisponda a determinati criteri stabiliti dalla collettività attraverso una legge dello Stato»<sup>13</sup>.

6. A mio avviso, ogni concezione del pluralismo scolastico che tenda a racchiudere i cattolici all'interno di strutture scolastiche autonome e immuni da contatti con ideologie diverse ed eventualmente contrapposte, non può non preoccupare quanti hanno a cuore la formazione delle giovani generazioni. Sono molti anni che si lamenta lo stato di crisi nel quale si trova la scuola pubblica. Ma, nonostante tutto, la scuola pubblica rappresenta la sede migliore per lo svolgersi dei processi pubblici di formazione, culturali e tecnologici, giacché alle altre istituzioni, principalmente alla famiglia, ai partiti, alle confessioni religiose e alle varie formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità dell'uomo (art. 2 cost.), spetta il compito di predicare i valori e di diffondere le culture e le ideologie: naturalmente però anche nella scuola, nella quale possono liberamente convivere diverse posizioni culturali e ideali, vi sono dei "valori comuni" cui richiamarsi, e cioè i valori di libertà, di uguaglianza e di democrazia che sono alla base della nostra costituzione.

Per valutare poi il problema del rapporto e del contrasto tra "libertà della scuola" e "libertà nella scuola", occorre ricordare che nell'ordinamento espresso dalla costituzione italiana, la tendenza è

---

<sup>13</sup> *Un progetto politico e culturale. Eco intervista D'Alema*, in *Il Ponte*, 53 (1997), n. 10, pp. 6-30: con specifico riferimento alla proposta del ministro Luigi Berlinguer, D'Alema osserva che si tratta di una visione innovativa fondamentalmente giusta e che «se il problema è quello della parità di diritti fra cittadini, anche la possibilità di un sostegno indiretto alla scuola privata religiosa – in gran parte in Italia la scuola privata che non ha finalità di lucro è scuola religiosa – non può e non deve destare scandalo».

nel senso di attribuire tutela alla libertà individuale ove quest'ultima si trovi in insanabile conflitto con la libertà collettiva dei gruppi. La coscienza è un fatto individuale e la sua libertà dev'essere garantita sia nel senso dell'ortodossia, sia nel senso dell'eresia: nelle scuole che si ispirano ad una ideologia ben caratterizzata, non essendo in esse ammessa l'eresia, non è ammessa la libertà, per cui lascia sconcertati la pretesa di tali scuole di autodefinirsi "libere" nello stesso momento in cui si attua la prassi dell'emarginazione di tutti coloro che contestano l'ortodossia.

Le scuole private, confessionali e non confessionali, possono liberamente operare nel settore dell'istruzione poiché la libertà della scuola è un principio costituzionalmente garantito, ma è comprensibile che incontrino ostacoli le loro richieste di sovvenzioni se si considera che non di rado esse esercitano un'ingerenza sulla libertà di coscienza, di pensiero, di insegnamento di coloro che agiscono al loro interno.

Anche con riferimento a questo problema dunque non posso se non condividere l'opinione espressa da Piero Bellini nel suo scritto pubblicato più di dieci anni fa, quando osservava che «un privilegiamento della scuola privata (dovuto a pubblici sussidi comunque idonei a secondarla) sarebbe proprio tale, di rimbalzo, da accrescere il degrado della scuola pubblica. A tutto detrimento – va da sé – di quelli che ne rimarrebbero i fruitori: i ceti popolari, per l'appunto» e, a conclusione del suo scritto, dichiarava che «l'impegno civile al quale volgere dev'essere invece tutto un altro. Quello di battersi al contrario – con tutte le energie – per preservarle, le pubbliche strutture, e rafforzarle: nell'interesse della generalità dei consociati. Così da portarle – finalmente – a livelli degni d'una nazione di antica civiltà»<sup>14</sup>.

Sono convinto che nell'esercizio di questo impegno civile la presenza di un uomo come Piero Bellini rappresenterà anche in futuro una importante garanzia per potere insieme perseguire gli obiettivi nei quali continuiamo a credere e per i quali riteniamo giusto continuare a lottare con tutte le nostre forze.

---

<sup>14</sup> P. BELLINI, *Istruzione privata e sovvenzionamenti pubblici*, cit., p. 523.

## *La Costituzione della Repubblica romana del 1849\**

SOMMARIO: 1. L'esperienza istituzionale della repubblica romana. - 2. La costituzione della repubblica romana del 3 luglio 1849. - 3. Interesse di una comparazione tra la costituzione della repubblica romana e la costituzione dell'Italia repubblicana del 1948. - 4. L'assemblea costituente. - 5. I principi fondamentali. - 6. Diritti e doveri dei cittadini. - 7. L'organizzazione della repubblica romana. - 8. Natura e peculiarità della carta costituzionale della repubblica romana. In particolare, la procedura di revisione e la rigidità della costituzione.

1. *L'esperienza istituzionale della repubblica romana.* - Quest'anno si celebra il 150° anniversario della repubblica romana del 1849: è un anniversario che merita di essere ricordato non solo dagli storici ma anche dagli studiosi del diritto costituzionale e del diritto pubblico; così come è giusto ricordare gli eventi che portarono alla proclamazione della repubblica, all'elezione dell'assemblea costituente e all'approvazione della costituzione del 3 luglio 1849.

Il 15 novembre 1848, sulla scala del palazzo della Cancelleria, ove avevano sede le camere legislative, veniva pugnalato a morte il conte Pellegrino Rossi<sup>1</sup>, ministro di Pio IX, che, pochi giorni dopo,

---

\* In *Giurisprudenza costituzionale*, 44, 1999, pp. 453-82.

<sup>1</sup> Pellegrino Rossi (Carrara 3 luglio 1787 - Roma, 15 novembre 1848), giurista e politico. Professore di diritto penale a Bologna, fu commissario generale delle province occupate da G. Murat; nel 1815, alla restaurazione, andò in esilio in Svizzera e insegnò a Ginevra, quindi fu docente di economia politica e diritto costituzionale a Parigi. Tornato in Italia come ambasciatore di Francia a Roma (1845), divenne influente consigliere di Pio IX, tentando di restaurare l'autorità papale e nello stesso tempo di introdurre moderate riforme. Le lezioni di diritto costituzionale tenute nell'università di Parigi, nelle due sessioni 1835-1836 e 1836-1837, presso la cattedra di diritto costituzionale istituita il 22 agosto 1834, furono poi raccolte nel *Cours de droit constitutionnel*. Per una valutazione dell'opera di Pellegrino Rossi cfr. M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi del diritto costituzionale*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, CLXIV-CLXV, 1963, fasc. 1-2, 3-110, spec. 5-6, il quale sottolinea che il Rossi, sulla traccia indicata dal Guizot nella relazione che accompagna il decreto di istituzione della cattedra di diritto costituzionale, «ritiene che, pur non dovendosi trascurare l'ausilio dell'esegesi in quanto ci permette di seguire

il 24 novembre, fugge da Roma e si rifugia a Gaeta. Questo tragico evento, come è stato più volte sottolineato dagli storici, non fu la causa determinante degli avvenimenti dei mesi successivi, in quanto la rivoluzione romana aveva già ricevuto in precedenza il suo impulso decisivo<sup>2</sup>; tuttavia, dal punto di vista storico, il delitto della Cancelleria consacra la fine di un esperimento nel quale erano state riposte molte speranze per il futuro dell'Italia. «Il fallimento del tentativo costituzionale – ha osservato Vittorio Emanuele Giuntella – traeva le sue origini profonde [...] nell'essenza stessa del governo ecclesiastico, nel quale lo spirituale ed il temporale, intimamente connessi, rendevano estremamente difficile la salvaguardia delle opposte esigenze, in un regime a carattere rappresentativo»<sup>3</sup>.

Dopo l'uccisione di Pellegrino Rossi, la situazione precipita verso il suo naturale epilogo: il rovesciamento della monarchia, unica soluzione possibile dopo la fuga di Pio IX a Gaeta, il suo rifiuto di trattare con il governo democratico, la condanna della giunta di Stato. Il 27 novembre il municipio di Roma poteva ancora proclamare: «La presenza del Sovrano, il suo nome e la sua autorità non sono lontane da noi», ma già all'indomani del 15 novembre, per le vie di Roma, tra le lodi al pugnalatore di Pellegrino Rossi, era echeggiato il grido di «Viva la Costituente». «Assemblea costituente dello Stato» si leggeva in una petizione a stampa del circolo popolare nazionale: e il 12 gennaio 1849 il comitato dei circoli italiani invitava i romani ad una discussione sulla «Costituente italiana». Il problema della costituente italiana fu in effetti uno dei temi ricorrenti nella campagna elettorale, fissata per il 21 gennaio 1849, che fu caratterizzata dall'intensa attività

---

la legislazione positiva nelle sue minime parti, nei suoi intimi dettagli, bisogna concentrare gli sforzi d'indagine nell'approfondimento razionale dei principi che dominano la costituzione, approfondimento da non compiere però astrattamente ma in relazione alla loro evoluzione storica». L'orientamento metodologico dello studio di Pellegrino Rossi è esposto anche nel suo saggio *De l'étude du droit dans ses rapports avec la civilisation et l'état actuel de la science*, in *Annales de législation et de jurisprudence*, 1820, I, 2 ss. Su Pellegrino Rossi cfr. anche C. GHISALBERTI, *Pellegrino Rossi e il costituzionalismo della monarchia di luglio*, in ID., *Stato e Costituzione nel Risorgimento*, Milano 1972, 163-88.

<sup>2</sup> Cfr. in proposito V.E. GIUNTELLA, *Introduzione a La mostra storica della Repubblica romana. 1849*, a cura di F. FONZI e V.E. GIUNTELLA, Comitato nazionale per le onoranze a Giuseppe Mazzini, Roma, 1949, 3.

<sup>3</sup> V.E. GIUNTELLA, *Introduzione*, cit., *ivi*.

dei circoli politici, sia a Roma, che nelle province, con l'intervento di esponenti del movimento democratico di altre parti d'Italia<sup>4</sup>.

Dal fallimento dell'esperimento costituzionale di Pio IX nasceva la repubblica romana, primo nucleo, nel pensiero di Giuseppe Mazzini, dell'unità repubblicana nazionale<sup>5</sup>. Si avverava così la lucida previsione fatta dallo stesso Mazzini, il quale, in una lettera del 5 dicembre 1848 a Michele Accursi, aveva scritto: «Pio IX è fuggito: la fuga è un'abdicazione: principe elettivo, egli non lascia dietro di sé dinastia. Voi siete dunque di fatto repubblica, perché non esiste per voi dal popolo in fuori sorgente d'autorità»<sup>6</sup>.

Le elezioni si svolsero dal 21 al 29 gennaio, con la partecipazione al voto di circa 250.000 elettori, un'affluenza assai alta, considerando che nelle elezioni indette da Cavour il 27 gennaio 1861, che ebbero luogo nell'intero territorio nazionale, con l'eccezione del Veneto e del Lazio, i votanti risultarono appena 20.392<sup>7</sup>.

Il 5 febbraio 1849 si adunava solennemente nel palazzo della Cancelleria l'assemblea costituente romana eletta a suffragio universale, o

---

<sup>4</sup> Cfr. M. FERRI, *Costituente e costituzione nella Repubblica Romana del 1849*, in *Dir. e soc.* 1989, 1-52: questo scritto, di grande interesse, è il testo base di una conferenza-azione tenuta dall'Autore il 16 febbraio 1989, su iniziativa dell'Archivio di Stato di Roma e della Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Roma «La Sapienza», in occasione del 140° anniversario della proclamazione della Repubblica romana. Dello stesso autore cfr. anche *L'idea di Stato nella Repubblica romana del 1849*, in *Il dibattito sull'unità dello Stato nel Risorgimento italiano*, Atti del convegno (Bergamo, 1-3 giugno 1990), Napoli, Istituto italiano per gli studi filosofici, 1990, 1-43.

<sup>5</sup> Sull'esperienza della Repubblica romana del 1849 cfr., tra gli altri, C. RUSCONI, *La Repubblica Romana del 1849*, Roma 1879, spec. 166-81; D. DEMARCO, *Pio IX e la rivoluzione romana del 1848. Saggio di storia economico-sociale*, Modena 1947; F. FONZI e V.E. GIUNTELLA (a cura di), *La Mostra storica della Repubblica Romana. 1849*, cit.; V. FROSINI, *Costituzione e società civile*, Milano 1977, spec. 20-2; M. CARVALE e A. CARACCIOLLO, *Lo Stato pontificio da Martino V a Pio IX*, in *Storia d'Italia*, diretta da G. GALASSO, XIV, Torino 1978, spec. 659-66, cap. VIII: «Il tramonto dello Stato pontificio e lo sviluppo del movimento nazionale e liberale: da Gregorio XVI alla Repubblica romana».

<sup>6</sup> La lettera è riportata in *Mazzini*, Edizione nazionale degli Scritti editi e inediti, Torino vol. XXXVII, 184-8.

<sup>7</sup> Sulla consultazione elettorale per l'assemblea dello Stato romano, la cui convocazione venne definita da Pio IX, in un monitorio del 1° gennaio, «un nuovo e più mostruoso atto di smascherata fellonia e di vera ribellione», cfr. B. GATTA, *Le elezioni del 1849*, in *Archivio della società romana di storia patria*, 1949, 1-4, 26.

meglio, come è più giusto dire, secondo quanto ha osservato di recente il ministro per le pari opportunità Laura Balbo, a suffragio universale “maschile”, visto che le donne, com’è noto, conquisteranno il diritto di voto solo molti anni più tardi<sup>8</sup>. Quasi tutti i deputati appartenevano alla borghesia e politicamente erano dei “democratici”: un notevole gruppo di essi era dichiaratamente repubblicano ed esprimeva fedeltà a Mazzini; di questo gruppo facevano parte Aurelio Saffi, Sisto Vinciguerra, Felice Orsini. Tra gli eletti vi erano anche italiani di altri stati, come De Boni (friulano), Cernuschi (milanese), Saliceti (abruzzese), Garibaldi (nizzardo).

I mazziniani perseguivano con determinazione l’intento di fare prevalere un chiaro programma e di adempiere il mandato che Mazzini aveva affidato loro: «Voi – aveva scritto Mazzini ad Aurelio Saffi – avete fatto già molto ottenendo la convocazione della Costituente Romana. Rimane ora da farsi il secondo passo, e il più importante: far uscire dalla Costituente la proclamazione della Repubblica».

Sin dalla discussione svoltasi l’8 febbraio nell’aula della Cancelleria, nella quale emerse con chiarezza il contrasto fra l’esiguo numero dei sostenitori del regime monarchico costituzionale, tra i quali erano Terenzio Mamiani, Pasquale De Rossi e Rodolfo Audinot, e la maggioranza, favorevole alla repubblica, propugnata da Cesare Agostini, Giuseppe Gabussi, Carlo Luciano Bonaparte e, dopo qualche incertezza, da Pietro Sterbini, parve evidente che non vi era altra prospettiva possibile rispetto a quella della soluzione repubblicana. Il decreto fondamentale di proclamazione della repubblica romana fu approvato in una seduta, aperta alle ore dodici dell’8 febbraio, sciolta e alle due del mattino del 9 seguente. Esso era composto dei seguenti quattro articoli;

Art. 1. *Il Papato è decaduto di fatto e di diritto dal governo temporale dello Stato romano.*

Art. 2. *Il Pontefice romano avrà tutte le guarentigie necessarie per la indipendenza nell’esercizio della sua potestà spirituale.*

Art. 3. *La forma di governo dello Stato romano sarà la democrazia pura, e prenderà il glorioso nome di Repubblica Romana.*

---

<sup>8</sup> Cfr. il resoconto di una dichiarazione rilasciata da Laura Balbo a proposito delle espressioni, talora imprecise, adottate nei libri di testo per le scuole, in *la Repubblica*, 29 gennaio 1999, 5.

*Art. 4. La Repubblica Romana avrà col resto d'Italia le relazioni che esige la nazionalità comune.*

Il testo di questo decreto merita di essere considerato per alcuni suoi specifici contenuti. Innanzi tutto è da ricordare che gli artt. 1 e 3 furono approvati nel testo proposto (part. 1 con soli 5 voti contrari, l'art. 3 con 22 voti contrari), mentre vi fu un vivace dibattito con riferimento alle altre due disposizioni, in particolare quella dell'art. 4, riguardante le relazioni con gli altri stati italiani. Ed infatti, con riferimento a quest'ultimo, venne respinta la proposta del Mamiani di prevedere la formula «L'Assemblea Nazionale dichiara che rimette alla Costituente italiana il decidere dell'ordinamento politico dello Stato romano», e che la medesima sorte toccò alle seguenti proposizioni dell'Audinot, presentate come emendamento della formula precedente: «1. L'Assemblea dichiara per sempre impossibile il Governo papale ed ogni altro Governo quando non riconosca la base e l'origine della propria autorità nel voto espresso dalla sovranità nazionale». - 2. «L'Assemblea convoca pel 1° marzo in Roma la Costituente italiana.» - 3. «L'Assemblea rimette alla Costituente italiana il definire la forma politica del Governo romano». - 4. «L'Assemblea dichiara che, se il 1° marzo la Costituente italiana non sarà riunita in Roma, l'Assemblea romana procederà sola a regolare il reggimento dello Stato romano». - 5. «L'Assemblea nomina un potere esecutivo che sarà suo braccio e con lei governerà lo Stato». - 6. «L'Assemblea romana, con apposito manifesto ai popoli italiani, convocherà la Costituente e farà conoscere ai medesimi tutti i motivi di incompatibilità sul potere sacerdotale, e la situazione attuale dello Stato romano».

È interessante ricordare che, con riferimento alle proposte dell'Audinot sopra riportate, prevalse l'opinione, efficacemente sostenuta in un intervento del Filopanti, il quale, premesso che, a suo avviso, il dibattito aveva fatto emergere un disaccordo sull'oggetto della votazione, dichiarò: «Io desidero dunque di analizzare che cosa vogliamo noi esprimere. Noi qui vogliamo esprimere che la Repubblica Romana debba avere la nazionalità col resto d'Italia? Questo è un oggetto. Oppure vogliamo esprimere qualche cosa sopra la Costituente italiana? Bisogna distinguere bene queste due cose. Io crederei che della Costituente italiana non ci sia luogo a parlare, ma ci sia molto luogo a parlare della nazionalità. Posto questo, facciamo astrazione di tutto quello ch'è Costituente, ed esprimiamo semplicemente il concetto

della nazionalità. Dessa è quella che, al più al più, importerebbe di esprimere in questo luogo; quanto a ciò teniamoci stretti a termini più generali che sia possibile [...] Non vogliamo parlare della Costituente, perché non sappiamo quello che si farà o quello che non si farà; noi vogliamo proclamare la nazionalità; che l'Italia sarà sempre nazione e che la Repubblica romana sarà sempre un elemento integrante di questa Nazione».

L'intento dichiarato dal Filopanti e poi condiviso dalla maggioranza assume grande importanza, perché rivela la determinazione nel perseguire l'obiettivo di non subordinare le decisioni riguardanti il futuro dello Stato romano a orientamenti e delibere estranee alla volontà dell'assemblea; ed è per lo stesso motivo, probabilmente, che, nell'art. 2, venne approvata la formula «Il Pontefice romano avrà tutte le guarentigie necessarie per la indipendenza nell'esercizio della sua potestà spirituale», anziché quella, in un primo tempo proposta dal Filopanti, «Saranno date al Sommo Pontefice, anche di concerto colle altre Potenze cattoliche, tutte le più convenevoli, sicure e stabili guarentigie pel pieno, libero e indipendente esercizio della sua potestà spirituale»: lo stesso Filopanti aderì infatti all'opinione espressa dall'Armellini, il quale aveva osservato che non era opportuno subordinare alla volontà degli altri governi la costituzione della repubblica.

Proclamata la repubblica, l'assemblea delibera di governare per mezzo di un comitato esecutivo, composto da Carlo Armellini, Mattia Montecchi e Aurelio Saliceti. Questi, insieme ai ministri, si dichiarano decisi ad estirpare «ogni reliquia del clericale sistema», a svincolare l'istruzione «dalle clericali influenze», a unificare e semplificare i codici, a provvedere alla elevazione del popolo.

«La beneficenza – essi dichiarano – si convertirà in dovere e la carità in istituzioni, e abiurando tutti i privilegi e onorando solo il merito personale, noi faremo fare un gran passo al nostro paese verso quei destini da cui lo tennero fin qui diviso le sbarre della superstizione e dell'ignoranza».

Ha così inizio un'intensa attività volta al rinnovamento radicale dello Stato romano, alla sua laicizzazione e democratizzazione non solo politica ma anche sociale, perché «quella libertà che non migliora e non solleva le classi numerose è libertà bastarda» e perché «ogni repubblica non può sussistere se non ha l'appoggio del popolo». Ogni sforzo è volto quindi ad instaurare le libertà politiche e civili, a

distruggere ogni potere del clero, a favorire una borghesia desiderosa di impieghi ed un proletariato in cerca di casa e di lavoro.

Il 21 febbraio l'assemblea approva un decreto secondo il quale «tutti i beni ecclesiastici dello Stato romano sono dichiarati proprietà della Repubblica»; il 25 abolisce la giurisdizione dei vescovi sulle università e sulle altre scuole della repubblica e impone un prestito forzoso che colpisce gravemente le classi più ricche; il 28 sopprime il tribunale del sant'uffizio; il 3 marzo viene abolito ogni privilegio di foro e il 5 dello stesso mese viene soppressa la censura preventiva sulla stampa.

L'intervento armato delle potenze cattoliche venne a turbare queste attività. Già al suo apparire la giovane repubblica aveva destato in tutta Europa apprensioni, sospetti e ostilità di origine politica, sociale e religiosa. La repubblica romana aveva osato affermare, nel momento in cui la rivoluzione europea dell'anno precedente si andava spegnendo, il programma massimo di quella rivoluzione, dichiarandosi per l'indipendenza e l'unità delle nazioni, la democrazia politica e sociale.

La gravità della situazione determinata dall'intervento armato degli stati stranieri, impegnati nell'attuare una decisa reazione, indusse a istituire un organo esecutivo dotato di più larghi poteri: fu creato a tal fine un triumvirato, costituito il 29 marzo, del quale furono chiamati a far parte Giuseppe Mazzini (risultato eletto con 132 voti)<sup>9</sup>, Aurelio Saffi (125 voti) e Carlo Armellini (93 voti).

Il triumvirato esercitò una cura suprema nella difesa della repubblica e nell'assunzione di provvedimenti di carattere sociale (alloggi ai poveri, diminuzione del prezzo del sale, concessione in enfiteusi perpetua a famiglie povere delle terre già appartenenti alle corporazioni religiose).

Anche durante l'assedio, l'assemblea costituente, che sin dall'inizio dei suoi lavori, come risulta da molte dichiarazioni espresse

---

<sup>9</sup> Mazzini, al quale era stata conferita la cittadinanza il 12 febbraio 1849, fu eletto deputato il 24 febbraio e fece il suo primo ingresso in assemblea il 6 marzo: il 10 marzo pronunciò un importante discorso politico, nel quale ebbe occasione di enunciare alcune delle sue concezioni, come l'opposizione per i partiti nella costituente, l'unità del potere nel governo repubblicano, «la più severa rigidità in fatto di principi, ma una grande tolleranza per gl'individui»; il rapporto dell'assemblea con il governo: v. sul punto M. FERRI, *Costituente e costituzione*, cit., 11.

nei dibattiti di quel periodo<sup>10</sup>, era ben consapevole che il suo dovere primario era quello di preparare una legge fondamentale della repubblica, proseguì con impegno straordinario l'opera per la quale era stata eletta: l'elaborazione della carta costituzionale dello Stato romano<sup>11</sup>.

La costituzione, approvata unanimemente dall'assemblea in data 1° luglio 1849, che naturalmente si ricollegava al decreto fondamentale di decadenza del papato e di scelta della repubblica, veniva promulgata il 3 luglio dalla loggia del Campidoglio<sup>12</sup>. Il giorno successivo, un reparto armato francese invadeva l'aula della costituente e ne scacciava i deputati, sciogliendo con la forza l'assemblea costituente.

Il fallimento dell'esperienza costituzionale della repubblica romana del 1849 determinato dall'intervento armato influì in modo

<sup>10</sup> L'assemblea non seguì l'orientamento espresso in proposito da Giuseppe Mazzini, il quale rivelò un relativo disinteresse per l'approvazione di una costituzione romana, come risulta da un importante discorso politico del 18 marzo 1849, nel quale Mazzini osservò che non si doveva fare una costituzione romana e che, non potendo farsi una costituzione italiana, la commissione incaricata dall'assemblea avrebbe dovuto limitare il proprio compito alla preparazione di una "dichiarazione di principi".

<sup>11</sup> I verbali delle riunioni della costituente romana sono pubblicati nei volumi VIII e IX delle *Assemblee del Risorgimento*. Quelli del Comitato esecutivo furono in parte pubblicati da A. ALIBERTI, *Mazzini e il Comitato esecutivo della Repubblica romana del 1849*, in *Nuova Antologia*, 1943, fasc. 1722.

<sup>12</sup> La vita e il carattere dell'assemblea costituente sono stati studiati in particolare da M. COSSU, *L'Assemblea Costituente romana del 1849*, Roma 1923, ma interessanti indicazioni si trovano in molti degli scritti ricordati *retro*, nota 4. Con riferimento alla carta repubblicana del 1849 cfr. G. GARAVANI, *La Costituzione della Repubblica romana nel 1748 e nel 1849*, Fermo 1910; B. GATTA, *La Costituzione della Repubblica Romana del 1849*, Firenze 1947; N. CORTESE, *Costituenti e costituzioni italiane del 1848-49*, II, Napoli 1951, spec. 232-66, ove vengono integralmente riportati il rapporto del relatore deputato Agostini sul primo progetto, il rapporto del relatore deputato Saliceti sul secondo progetto di costituzione redatto dalla commissione mista, il testo del primo progetto e il testo definitivamente approvato il 1° luglio 1849; L. LUPI, *La Costituzione romana del '49. Note di filosofia politica*, Mazara 1952; L. RODELLI, *La Repubblica Romana del 1849*, con appendice di documenti, Pisa 1955; A. AQUARONE, M. D'ADDIO, G. NEGRI (a cura di), *Le Costituzioni italiane*, Milano 1958, spec. 609-20; C. SELVAGGI, *La Costituzione della Repubblica romana*, in *Studi in occasione del centenario di Roma capitale*, Milano 1970, 37-94; M. FERRI, *Costituente e Costituzione*, cit.; D. NOCILLA, *Sovranità popolare e rappresentanza negli interventi di Aurelio Saliceti alla Costituente Romana del 1849*, in *Rass. stor. del Risorgimento* 1989, 243; S. FURLANI, *La Costituzione della Repubblica Romana del 1849: note di natura tipologica*, in *Il pensiero mazziniano* 1990, n. 3, 62-82.

assai pesante sulla vita sociale della Roma di quell'epoca. Basterà, per provarlo, questa visione di Roma, dopo la caduta della repubblica, che si legge nei *Ricordi storici e pittorici d'Italia* di Ferdinando Gregorovius, che restano una delle descrizioni più belle ed efficaci dell'Italia a metà del secolo: «... Roma – scriveva il grande storico tedesco di Roma medievale – è diventata ancora più silenziosa di quanto non fosse in passato. Ogni allegria, ogni vivacità del popolo sono scomparse; le classi agiate si tengono nascoste, non fanno parlare di sé, le classi povere sono più misere, più oppresse di prima. Le feste popolari diventano di giorno in giorno più rare, il carnevale va decadendo; le feste stesse di ottobre, una volta così allegre, e che chiamavano la folla fuori le porte ad allietarsi col bicchiere e col saltarello, sono quasi scomparse. Roma è una grande rovina della civiltà, dove non si vedono che processioni di preti e frati, dove non si sente che il suono delle campane o musica di chiesa. Tutta la vita pare essersi concentrata nei curiali, nei cardinali, nei monaci, nei preti. Il popolo si è ridotto alla condizione di semplice spettatore. Desso non lavora, non traffica, sta contemplando [...]»<sup>13</sup>.

2. *La costituzione della repubblica romana del 3 luglio 1849.* - Un primo progetto di costituzione, redatto dalla commissione eletta dall'assemblea il 13 febbraio 1849 e composta, dopo singole rinunce e successive designazioni, dai deputati Bonaparte, Caroli, Cernuschi, Gabussi, Galletti, Mazzini, Senesi, Sturbinetti e Agostini, era stato presentato all'assemblea fin dal 17 aprile 1849, dopo appena due mesi di preparazione<sup>14</sup>: il giovane deputato folignate Cesare Agostini<sup>15</sup>, al quale si deve probabilmente il maggiore contributo nella redazione del primo progetto<sup>16</sup>, era stato incaricato di illustrare ai colleghi

---

<sup>13</sup> *Ricordi storici e pittorici d'Italia per Ferdinando Gregorovius*, trad. dal tedesco di A. Di Cossilla, vol. II, Milano 1865, 155.

<sup>14</sup> Il progetto può leggersi in S. FURLANI, *La Costituzione della Repubblica Romana del 1849*, cit., spec. 72-6.

<sup>15</sup> Sulla figura di Cesare Agostini, cfr. il profilo biografico di V.E. GIUNTELLA, nel *Dizionario biografico degli Italiani*, I, 1960, 460-1: v. anche I. CIAURRO, *L'Umbria e il Risorgimento*, Bologna 1963.

<sup>16</sup> Aurelio Saffi, in una conferenza – *Mazzini e Roma nel 1849*, Rimini 1882 – affermò che il disegno della legge fondamentale della repubblica romana, «affidato

dell'assemblea i principi informatori del progetto di costituzione.

L'Agostini, nel ricordare la grande difficoltà del compito assegnato dall'assemblea, rilevò: «Non avremmo esitato a copiare le Costituzioni di altre Repubbliche, affrontando la più facile accusa d'imitatori, se ci fossero sembrate adattabili alla nostra Repubblica»; ed invece – proseguiva Agostini nel suo intervento – «La Costituzione americana ed elvetica rappresentano piuttosto una federazione repubblicana di Repubbliche, e non veramente l'ordinamento politico di un popolo repubblicano, di una unità, oltretutto le diverse condizioni politiche e morali di quei popoli rendevano affatto disapplicabili le loro Costituzioni; d'altronde se vi era un'imitazione ragionevole a farsi, era in ciò appunto, che avendo essi improntato la loro Costituzione di un'impronta originale che rende veramente la fisionomia dei popoli, noi, per ciò appunto, non dovevamo copiare l'opera loro, ma pensare una Costituzione che fosse l'espressione delle condizioni morali, economiche e politiche del popolo nostro».

La consapevolezza della difficoltà di utilizzare altri testi costituzionali come riferimento per la stesura del testo della nuova costituzione che si intendeva elaborare ed approvare per il futuro istituzionale dello Stato romano non impediva tuttavia di recepire norme di natura organizzativa o affermazioni di principi convalidate dalla precedente esperienza: «V'hanno però – affermò l'Agostini – nelle Costituzioni dei nostri antichi padri e nelle moderne alcune massime che la ragione insegna applicabili dappertutto, e che hanno traversato felicemente la prova dell'esperienza. Queste non si potevano ripugnare senza meritarcì la nota di novatori frivoli e inconsiderati».

Risultano in effetti molte trascrizioni, spesso testuali, dalla costituzione francese del 4 novembre 1848, anche se, come ebbe cura di precisare lo stesso Agostini nella presentazione del progetto all'assemblea, la recezione frequente di norme tratte dalla carta repubblicana francese del 1848 non implicava una qualificazione analoga della natura dell'ordinamento costituzionale che si andava edificando.

---

ad apposita Commissione, fu elaborato in gran parte dallo Sturbinetti, giureconsulto romano di chiara fama [...]»: giustamente ha però ricordato M. FERRI, *Costituente e costituzione*, cit., che Agostini fu non soltanto il relatore del primo progetto, ma anche uno di coloro che intervennero in modo più significativo nel dibattito, mentre mancò un'analogha partecipazione al dibattito da parte dello Sturbinetti.

La discussione in aula avvenne sopra una relazione della «Commissione di Costituzione», la quale aveva lavorato in sezioni<sup>17</sup>; il nuovo progetto presentato in aula il 10 giugno e poi approvato modificò ampiamente il testo primitivo, che, nella stesura definitiva, risultò ridotto da 83 a 69 articoli, consistenti in otto “Principi fondamentali”, compresi in altrettanti paragrafi, e otto titoli (dopo che era stato soppresso il titolo “Tribunato”), più quattro disposizioni transitorie. Gli otto titoli, nella versione rivista, riguardavano rispettivamente “Dei diritti e dei doveri de’ cittadini” (artt. 1-14), “Dell’ordinamento politico” (art. 15), “Dell’Assemblea” (artt. 16-32), “Del Consolato e del Ministero” (artt. 33-45), “Del Consiglio di Stato” (artt. 46-48), “Del potere giudiziario” artt. 49- 55), “Della forza pubblica” (artt. 56-62), “Della revisione della Costituzione” (artt. 63-65). Fra le novità più rilevanti vi era la pubblicità del suffragio, l’abolizione di quella specie di corte costituzionale che dapprima si era immaginata sotto il nome di tribunato, la elezione da parte dell’assemblea anziché per voto diretto dei tre (e non più due) consoli, il ritorno alla tradizione di un “ministero responsabile”.

Anche questo progetto fu poi ritoccato, sia in generale, sia nei singoli articoli, sebbene emergesse la necessità di «affrettarsi per tutti i motivi», come affermò il deputato Canino.

Dalle discussioni in assemblea emerse con chiarezza l’intento di far nascere una repubblica democratica, anzi, come si disse, “democratica pura”, aperta alla totalità dei cittadini. Le soluzioni adottate su tutte le questioni essenziali, dai rapporti con la religione e la chiesa cattolica alle prerogative del potere giudiziario e all’eguaglianza dei municipi, entro un quadro di spiccato accentramento, dimostrano che esse vennero a collocarsi «sulla linea del più avanzato repubblicanesimo francese, con forti influssi di mazzinianesimo»<sup>18</sup>.

### 3. Interesse di una comparazione tra la costituzione della repub-

---

<sup>17</sup> I nomi dei relatori designati per le otto sezioni furono: Berti (I), Fabretti (II), Saliceti e Spada (III), Giaani (IV), Cannonieri (V), Ballanti (VI), Cassarini (VII), Penacchi (VIII). Questi lavorarono insieme con i membri della commissione costituendo un’unica nuova commissione mista.

<sup>18</sup> M. CARVALE e A. CARACCILO, *Lo Stato pontificio da Martino V a Pio IX*, cit., spec. 666.

*blica romana e la costituzione dell'Italia repubblicana del 1948.* - Sono molti e di notevole interesse i motivi di una comparazione tra le disposizioni della costituzione della repubblica romana e quelle contenute nella vigente costituzione dell'Italia repubblicana. Naturalmente mi soffermo qui nell'indicare gli aspetti più interessanti di confronto, ricordando in particolare le disposizioni relative alla previsione di un'assemblea costituente incaricata di elaborare la carta costituzionale, agli otto principi fondamentali, alle norme sui diritti e doveri dei cittadini, con riferimento ai 12 principi fondamentali della costituzione del 1948, all'organizzazione della repubblica, alle disposizioni sulla revisione della costituzione e alla natura che alle due carte fondamentali deve essere riconosciuta con specifico riferimento al profilo della loro caratteristica di costituzioni "rigide".

4. *L'assemblea costituente.* - In proposito è da ricordare che tutti gli statuti del 1848 furono *octroyés* dai rispettivi sovrani, con la sola eccezione della costituzione siciliana del 10 luglio '48, che tuttavia fu approvata da un parlamento eletto a suffragio ristretto e si limitò ad apportare modifiche alla precedente costituzione del 1812. La costituzione romana fu approvata da un'assemblea eletta a suffragio veramente universale, pur considerando, come già si è detto, che tale suffragio era limitato ai soli elettori di sesso maschile, con una ampiezza di suffragio che in seguito si realizzerà soltanto nel 1919.

Il lavoro dell'assemblea costituente si svolse, come già visto, dal febbraio al luglio dell'anno 1849: un periodo certamente assai breve, soprattutto se si considera quanto tempo sia stato recentemente utilizzato nei mesi scorsi dalla commissione incaricata di preparare, dopo l'approvazione della legge costituzionale n. 1 del 1997, un testo di revisione della seconda parte della costituzione vigente: è noto qual è stato poi l'esito dei lavori della commissione bicamerale per la revisione costituzionale<sup>19</sup>.

La carta costituzionale approvata nel luglio 1849 costituì il risultato di un dibattito vivissimo e, soprattutto con riferimento ad alcuni temi, di particolare approfondimento, un dibattito che assume per il

---

<sup>19</sup> Per una valutazione dei lavori della commissione bicamerale per le riforme costituzionali, cfr., tra gli altri scritti pubblicati in proposito, il recente volume a cura di S. PANUNZIO, *I costituzionalisti e le riforme*, Milano 1998.

lettore di oggi grande interesse, soprattutto se si considerano le difficili condizioni ambientali nelle quali esso potette svolgersi, nel costante timore di un intervento armato inteso a interrompere il proseguimento dei lavori. Come risulta da quanto osservato soprattutto dall'Agostini nella presentazione del primo progetto all'assemblea, i costituenti procedettero con spirito di particolare originalità nei confronti dei testi costituzionali approvati in precedenza. L'assemblea non potette trovare alcuna concreta ispirazione né dallo statuto elargito da Pio IX il 14 marzo 1848, che venne travolto dal fallimento del papato cosiddetto costituzionale<sup>20</sup>, né dagli statuti di Carlo Alberto del 4 marzo 1848, né in quelli di Toscana e di Ferdinando II.

5. *I principi fondamentali.* - Per quanto riguarda i principi fondamentali, va innanzi tutto ricordato il carattere di enunciazioni talora più filosofiche che giuridiche che essi contengono.

In tali principi vi sono però alcune enunciazioni che assumono una grande importanza sotto il profilo della comparazione con i principi fondamentali della vigente costituzione della repubblica italiana, oltre che con altri testi costituzionali del passato e del presente.

Il primo paragrafo – «La sovranità è per diritto eterno nel Popolo. Il Popolo dello Stato romano è costituito in repubblica democratica» – afferma il principio della sovranità popolare ed enuncia il carattere democratico della repubblica romana. La disposizione venne approvata con due votazioni separate, dopo un dibattito assai ampio e articolato. La costituzione della repubblica italiana del 1° gennaio 1948 prevede, com'è noto, che «L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro» e che «La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione».

È evidente l'importanza della novità rappresentata dall'affermazione dei costituenti dell'Italia repubblicana che la repubblica italiana è fondata sul lavoro (art. 1, comma 1), ed è di grande rilievo la regola dell'"appartenenza" della sovranità al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della costituzione (art. 1, comma 2)<sup>21</sup>, ma, pur con-

---

<sup>20</sup> V. sul punto M. FERRI, *Costituente e costituzione*, cit., 16.

<sup>21</sup> Con riferimento a tale disposizione costituzionale cfr., nella vasta bibliografia, C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in Id., *La costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 1-16; V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note*

siderando tali elementi di assai rilevante differenziazione, vi è una forte corrispondenza fra i due testi costituzionali nell'affermazione del carattere popolare della sovranità e del carattere democratico delle due repubbliche, quella romana e quella italiana.

Il Saliceti, che fu incaricato di presentare all'assemblea costituente del 1849 le varianti del progetto rispetto al primo testo ad essa presentato dall'Agostini, nei confronti di coloro che avrebbero voluto toglier via la seconda parte dell'articolo, perché se n'era dato l'equivalente nel titolo dell'atto – «Costituzione della Repubblica romana» – e perché nel termine Repubblica era naturalmente compreso il concetto di democrazia, replicò osservando giustamente che non basta accennare a governo repubblicano per esprimere un governo popolare. Ed infatti, osservò il Saliceti, «Repubblica altro non significa che la cosa pubblica; quindi repubblica è sinonimo di governo e sinonimo di Stato. Ma ancorché sotto il nome di Repubblica si volesse intendere il governo dei più, il dire semplicemente repubblica non indica se sia aristocratica o democratica; quindi la giunta “democratica” era giunta indispensabile [...] e dire Repubblica democratica pura<sup>22</sup> significa il dire repubblica dove non è frammisto alcun elemento aristocratico, alcun elemento monarchico».

Queste considerazioni, che vennero condivise dall'assemblea, assumono grande rilievo perché rivelano la consapevolezza che i costituenti della repubblica romana avevano dell'importanza di ritenere collegati i due principi, quello repubblicano e quello democratico: la norma costituzionale che afferma il carattere repubblicano e democratico dello Stato romano non potrebbe essere valutata in tutto il suo significato se non venisse inquadrata in quel complesso di principi che formano il diritto comune degli stati democratici contemporanei. In tali ordinamenti, nei quali il principio repubblicano ha sostituito il

---

*preliminari*), in *Scritti per Vittorio Emanuele Orlando*, I, Padova 1956, 407-63, ora in ID., *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano 1985, 92 ss.; C. MORTATI, *Commento all'art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1975, 1-50. Sulla nozione di popolo v. per tutti D. NOCILLA, voce *Popolo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, 341-90.

<sup>22</sup> Con riferimento all'espressione “repubblica democratica pura” è da ricordare che l'aggettivo “pura” non figura nel testo definitivo e che tale scomparsa è dovuta probabilmente ad un errore materiale di trascrizione.

principio monarchico del tutto prevalente in epoche anteriori, il principio repubblicano si ricollega alla sovranità popolare e concepisce lo Stato-organizzazione come un complesso di strumenti subordinati alla volontà del popolo, nei limiti stabiliti dalla costituzione e dalle leggi. Il principio monarchico trovava invece giustificazione o in argomenti di carattere teologico o anche nel legittimismo, che faceva riferimento alla continuità nel tempo del potere regio<sup>23</sup>.

In questo senso le scelte che, a proposito della forma di Stato, si sono fatte in Italia negli anni successivi alla fine della seconda guerra mondiale, e in particolare la consultazione popolare a favore della forma repubblicana e l'affermazione del carattere democratico del nostro ordinamento costituzionale, si pongono in una linea di evidente continuità con le soluzioni accolte nella repubblica romana del 1849. Come infatti confermano le vicende politiche del referendum istituzionale del 2 giugno 1946, la scelta della forma repubblicana dello Stato italiano significò in realtà la scelta della "democrazia"<sup>24</sup>. La disposizione intesa a collegare i due caratteri, repubblicano e democratico, dell'ordinamento, approvata con ammirevole lungimiranza dai costituenti della repubblica romana, si rivela ancora più importante se si considera il principio, contenuto nell'art. 139 della costituzione oggi vigente, che, seguendo l'esempio francese della IV repubblica, sottrae la "forma repubblicana" alla revisione costituzionale. Il dibattito che in questi anni ha riguardato questa importante disposizione costituzionale dimostra che qui non si tratta soltanto di impedire la sostituzione del re, come capo dello Stato, al presidente della repubblica, giacché l'immodificabilità dell'art. 139 significa qualcosa di più, e cioè irreversibilità anche del principio democratico espresso dall'art. 1 della costituzione<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Sul "principio repubblicano" cfr. di recente, G. BIANCO, voce *Repubblica*, in *Dig. Disc. pubbl.*, XIII, Torino 1997, 170 ss.; L. ELIA, *Commento agli artt. 83-91 Cost.*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Stato della Costituzione. Oltre la bicamerale, le riforme possibili*, Milano 1998, 330-1.

<sup>24</sup> V. sul punto L. ELIA, *Commento*, cit.

<sup>25</sup> Sull'art. 139 Cost., cfr. A. REPOSO, *La forma repubblicana secondo l'art. 139 della Costituzione*, Padova 1972; G. VOLPE, *L'immutabilità della forma repubblicana: un contributo al dibattito sulla riforma delle istituzioni*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, III, Milano 1984, 256 ss.

Il secondo paragrafo della costituzione romana contiene l'enunciazione «Il regime democratico ha per regola l'eguaglianza, la libertà, la fraternità. Non riconosce titoli di nobiltà, né privilegi di nascita o casta». Questo principio è in un certo senso più ampio rispetto a quello dell'art. 3 della costituzione vigente, e in altro senso più ridotto. È più ampio, nella sua prima enunciazione, in quanto non prevede soltanto la regola dell'eguaglianza ma anche i principi di libertà e di fraternità: di fraternità non parla la costituzione del 1948, la quale, per quanto poi riguarda le libertà, a parte l'obiettivo, enunciato nell'art. 3, comma 2, della rimozione degli ostacoli che impediscono di fatto la libertà (e l'eguaglianza) dei cittadini, che costituisce un impegno per tutti i pubblici poteri, e a parte il principio sulla eguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose, contenuto nell'art. 8, comma 1, della costituzione, prevede le rispettive garanzie non nei principi fondamentali ma in molte disposizioni della parte seconda della costituzione, dedicata ai diritti e doveri dei cittadini.

La vigente costituzione prevede inoltre principi fortemente innovativi rispetto al testo della costituzione della repubblica romana, nella parte in cui contempla le qualifiche rispetto alle quali il costituente intende garantire una tutela speciale, in relazione al sesso, alla razza, alla lingua, alla religione, alle opinioni politiche, alle condizioni personali e sociali (art. 3, comma 1) e nella parte in cui l'art. 3, comma 2 garantisce anche la c.d. eguaglianza sostanziale, assegnando alla repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese.

Carattere di novità presenta poi, nei principi fondamentali della costituzione del 1948, la disposizione dell'art. 2, che contiene una norma il cui significato non è soltanto individuabile nel riconoscimento e nella garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia come membro delle formazioni sociali nelle quali si svolge la sua personalità, ma anche nel conferimento di giuridica rilevanza ai singoli gruppi sociali entro i quali si svolge la personalità individuale.

Con tale disposizione si è riconosciuta l'importanza delle di-

mensioni sociali dell'uomo e delle formazioni sociali entro le quali l'uomo opera, ai fini di un adeguato svolgimento della personalità individuale. Per quanto riguarda l'affermazione, contenuta nel secondo paragrafo dei principi fondamentali della costituzione del 1849, del disconoscimento di titoli di nobiltà e di privilegi di nascita, è da ricordare che la proposta del Monti, il quale aveva chiesto la soppressione del principio considerandolo superfluo, fu contestata dal Ballanti, il quale osservò che «la nostra Costituzione è fatta per un popolo il quale non è vergine totalmente, ossia vi sono alcuni titoli che si usurpano», e da Salvatore Braccio che, per dimostrare l'opportunità della disposizione, ricordò che «una casta dominava tutte le altre e questa era la casta sacerdotale». Dichiarazioni che rivelano la giusta preoccupazione che, nel compito, svolto dall'assemblea costituente, di previsione delle norme fondamentali del nuovo ordinamento, si tenesse costantemente presente la situazione concreta nella quale l'assemblea si trovava ad operare.

Il terzo paragrafo contiene il seguente principio: «La Repubblica colle leggi e colle istituzioni promuove il miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti i cittadini». Il testo del progetto precedente conteneva invece la seguente formula «La Repubblica Romana cura l'educazione di tutti i cittadini onde ciascuno possa migliorare la propria condizione coll'industria, colla fatica, coll'ingegno». L'obiettivo della promozione del miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti i cittadini e l'affidamento di tale impegno non al solo legislatore, ma a tutte le istituzioni della repubblica, in quanto le leggi non sono sufficienti ed un ruolo di primaria importanza deve essere riconosciuto alle pubbliche amministrazioni e ad ogni istituzione (per esempio alle autonomie locali), esprimono concezioni di accentuata modernità per il periodo nel quale vennero previste. Il principio contemplato in tale paragrafo si collega indubbiamente con le esigenze espresse nella già ricordata disposizione sulla eguaglianza "sostanziale" garantita nell'art. 3, comma 2, della vigente costituzione. Di particolare interesse è l'enunciazione di un principio costituzionale nel quale si poneva l'obiettivo del miglioramento delle condizioni morali e materiali di «tutti i cittadini» e si assegnava a tutte le istituzioni della repubblica il compito di perseguire questo ambizioso programma. L'espressione «tutti i cittadini», contrapposta alla dizione «tutti», la ritroviamo

nell'art. 3, comma 1<sup>26</sup>, e in altre disposizioni della parte prima della carta del 1948.

Il quarto principio della costituzione romana confermò la proposta contenuta nel progetto presentato all'assemblea e venne approvato senza alcuna discussione: «posto ai voti – si legge nel resoconto – subito tutti si alzano come un sol uomo. Quindi si dichiara approvato all'unanimità». Esso stabilisce: «La Repubblica riguarda tutti i Popoli come fratelli: rispetta ogni nazionalità: propugna l'italiana». Si tratta, ancora una volta, di un principio sostenuto da Giuseppe Mazzini, che ribadisce la regola fondamentale della fraternità, già contenuta nel secondo paragrafo, e afferma l'impegno di rispetto per ogni nazionalità e di realizzazione dell'unità d'Italia. Il problema della nazione, che nel nostro paese ha avuto sempre grande importanza, recentemente è tornato di attualità a seguito di un dibattito, al quale ha partecipato per ultimo Norberto Bobbio, il quale, in una intervista rilasciata a *La Stampa*, dopo avere considerato i motivi del perché non siamo mai stati un vero Stato e una vera nazione, esprime una speranza e lancia un appello: forse sarà la dura competizione europea che ci aspetta a farci concludere il tragitto incompiuto cominciato dal Risorgimento<sup>27</sup>. È un

---

<sup>26</sup> A proposito di tale espressione, è da ricordare che il dibattito svoltosi al riguardo ha portato alla conclusione che la disposizione dell'art. 3, comma 1, Cost. può essere interpretata nel senso che la formula ivi contemplata comprende anche gli stranieri, e non solo i cittadini, e anche le persone giuridiche e i soggetti collettivi, e non soltanto le singole persone fisiche: può vedersi sul punto L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Padova 1965, 210; S. LARICCIA, *Gruppi sociali ed eguaglianza giuridica*, in *Foro amm.* 1966, II, 117; ID., *Diritto ecclesiastico*, III ed., Padova 1986, 60. Nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che già con le sentenze nn. 30 del 1965, 25 del 1966 e 2 del 1969, aveva affermato l'applicabilità del principio di uguaglianza a soggetti diversi dalle persone fisiche, cfr. di recente la sentenza 15 luglio 1997, n. 235, in questa *Rivista* 1998, 3, 1843 ss., con nota di B. RANDAZZO, *La Corte "apre" al giudizio di uguaglianza tra confessioni religiose?*.

<sup>27</sup> Cfr. l'intervista a Norberto Bobbio a cura di L. LA SPINA, in *La Stampa*, 1 febbraio 1999, 3. Per una prima indicazione bibliografica sul problema della "nazione italiana", rinvio a C. ESPOSITO, *Lo Stato e la Nazione italiana*, in *Arch. dir. pubbl.*, LXIV, 1937, 3, 409-85; F. CHABOD, *L'idea di nazione*, Bari 1961; F. ROSSOLILLO, *Nazione*, in *Dizionario di politica*, II ed., Torino 1983, 701-5; S. BARTOLE, *La Nazione italiana e il patrimonio costituzionale europeo. Appunti per una prima riflessione*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 1-26. V anche i due recenti volumi di E. GALLI DELLA LOGGIA, *Identità italiana*, Bologna 1998 e *Morte della patria*, Bari 1999.

problema, quello della “nazione italiana”, che continua ad assumere tuttora grande rilievo.

Il quinto principio, che riguarda i comuni dello Stato romano, risulta così formulato: «I Municipi hanno tutti eguali diritti: la loro indipendenza non è limitata che dalle leggi di utilità generale dello Stato». E anche questo un principio di grande importanza e attualità, considerando la centralità del problema delle autonomie locali nell’organizzazione dei poteri pubblici in Italia, e in particolare del ruolo assegnato ai comuni nel processo di formazione dello Stato autonomista<sup>28</sup>. La disposizione assume rilievo, soprattutto se si considerano le tendenze di forte accentramento che, nel periodo nel quale la disposizione venne formulata, caratterizzavano l’organizzazione amministrativa dei paesi che si ispiravano in Europa al sistema amministrativo francese, sul fondamento dell’influenza esercitata da Napoleone. È da notare l’espressione “indipendenza” adottata a proposito dei municipi – l’espressione che usa la costituzione vigente è invece quella di “autonomia” –: con riferimento all’indipendenza l’unico limite previsto dai costituenti della repubblica romana era rappresentato dalle esigenze di rispetto delle leggi statali di utilità generale. L’unica disposizione dedicata alla condizione giuridica dei comuni nello statuto di Carlo Alberto approvato l’anno precedente era la sintetica “disposizione generale” dell’art. 74, nel quale si prevedeva «Le istituzioni comunali e provinciali e le circoscrizioni dei Comuni e della Province sono regolate dalla legge»: dalla legge dunque dello Stato; cosa certa ben diversa di un regime di indipendenza, nel rispetto delle leggi di utilità generale. Non vi è dubbio in proposito che, mentre la disposizione dello statuto albertino indicava chiaramente il ruolo di enti subordinati allo Stato da riconoscere nei confronti degli enti comunali e provinciali e delle rispettive circoscrizioni, la disposizione che a proposito dei comuni venne approvata dai costituenti della repubblica romana può considerarsi anticipatrice dei principi di autonomia che faticosamente e con mille difficoltà si stanno attuando nell’Italia repubblicana<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> V. di recente su questo problema il bel volume a cura di G. FALCON, *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997*, con la collaborazione di M. CAMELLI, F. MERLONI, G. PASTORI, L. TORCHIA, Bologna 1998.

<sup>29</sup> Gli ultimi provvedimenti legislativi sono quelli delle leggi n. 142 del 1990 e n.

Il sesto principio si riferisce anch'esso al tema delle autonomie locali e stabilisce che «La più equa distribuzione possibile degli interessi locali, in armonia coll'interesse politico dello Stato, è la norma del riparto territoriale della Repubblica». Anche tale disposizione esprime una moderna tendenza di equo contemperamento fra l'interesse politico dell'ente Stato e gli interessi rappresentati dalle autonomie locali, sulla base di quel principio della più equa distribuzione possibile degli interessi locali che, per impegno costituzionale, deve rappresentare la regola della ripartizione territoriale della repubblica. È da notare che questo principio, che non compariva nel primo progetto, non fa riferimento alle province, che erano state invece menzionate nei testi discussi dall'assemblea, e che opportunamente in esso si considerano gli interessi "locali", espressione che sostituisce quella più ridotta di interessi "economici", contemplata nei testi precedentemente proposti.

I due ultimi paragrafi degli otto principi fondamentali riguardano la complessa e delicata questione della materia religiosa e di quella ecclesiastica. A tale questione, per varie ragioni, deve riconoscersi molta importanza, anche in considerazione dell'ampio e animato dibattito che caratterizzò la discussione che precedette l'approvazione dei due principi: l'importanza della questione è anche giustificata dalla consapevolezza di quale rilievo abbiano sempre assunto nel nostro paese la questione religiosa in generale e la questione cattolica in particolare.

Il settimo principio stabilisce solennemente che «Dalla credenza religiosa non dipende l'esercizio dei diritti civili e politici»: si tratta, come è evidente, di un fondamentale diritto di libertà e di uguaglianza in materia religiosa. Nella legislazione dell'Italia liberale il principio era stato previsto il 19 giugno 1848, subito dopo l'approvazione dello statuto albertino del 4 marzo dello stesso anno, che, com'è noto, contemplava, all'art. 1, il principio della religione cattolica, apostolica, romana come «sola religione dello Stato»: mi riferisco alla importan-

---

59 del 1997 e del d.lgs. n. 112 del 1998. In proposito è a mio avviso da condividere l'opinione espressa da Giandomenico Falcon, il quale osserva che il progetto devolutivo della legge n. 59 del 1997 consiste nel «riorganizzare globalmente "lo Stato" (lo Stato in senso ampio, quale insieme di organizzazioni preposte alle pubbliche funzioni) secondo il principio orientativo dell'art. 5 Cost., riletto come una formulazione *ante litteram* del principio di sussidiarietà»: G. FALCON, *Il decreto 112 e il percorso istituzionale italiano*, in ID. (a cura di), *Lo Stato autonomista*, cit., VII-XXVI, spec. X.

te legge n. 735 di quell'anno, la c.d. legge Sineo, che, prevedendo un principio caratteristico del separatismo in materia ecclesiastica, dispose: «La differenza di culto non forma eccezione al godimento dei diritti civili e politici, ed all'ammissibilità alle cariche civili e militari». In applicazione di tale principio, pur vigendo il ricordato art. 1 dello statuto del 1848, che sostanzialmente negava qualunque riconoscimento della libertà religiosa nei confronti dei cittadini non cattolici, le minoranze confessionali per più decenni poterono vivere ed operare in Italia in una condizione di piena libertà ed autonomia; ciò avvenne fino all'entrata in vigore della legislazione fascista concordataria e della disciplina sulla condizione dei culti diversi dal cattolico: i culti "ammessi", come vennero definiti nella legge n. 1159 del 14 giugno 1929<sup>30</sup>.

È evidente l'importanza che, a distanza di un anno dall'approvazione della legge piemontese del 19 giugno 1848 sulla garanzia, senza distinzione di religione, dei diritti civili e politici, assume l'approvazione, nel 1849, di un principio costituzionale, contenuto in una costituzione che, come vedremo, può definirsi una costituzione "rigida", con tutte le conseguenze che derivano da tale qualifica: tale principio, come si è visto, stabiliva che l'esercizio dei diritti civili e politici, quelli che oggi definiamo i diritti privati e pubblici, non avrebbe potuto dipendere dalla credenza religiosa dei cittadini; si tratta di una fondamentale conquista derivante, negli ordinamenti democratici moderni, dal regime di separazione tra l'ordine civile e l'ordine religioso, un principio contemplato nell'art. 7, comma 1, della vigente costituzione, ma purtroppo smentito in Italia dalla presenza di un regime pattizio fondato sulla "logica concordataria" che dall'11 febbraio 1929 presiede ai rapporti tra Stato e chiesa cattolica, regime che è stato confermato dalla stipulazione del patto di villa Madama del 18 febbraio 1984<sup>31</sup>.

Il sistema concordatario vigente nel nostro paese dopo la stipulazione dei patti lateranensi, confermato nel 1947 a seguito del voto

---

<sup>30</sup> Cfr. sul punto G. PEYROT, *La politica dello Stato nei riguardi delle minoranze religiose*, in *il Mulino*, 1971, 456 ss.

<sup>31</sup> Per una valutazione storico-giuridica della legislazione sui rapporti tra Stato e chiesa cattolica, può vedersi S. LARICCIA, voce *Stato e chiesa cattolica (rapporti tra)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990, 890-924.

sull'art. 7, comma 2, della costituzione italiana e ribadito nel 1984 da un governo democratico, provoca danni sia agli interessi della confessione cattolica, la quale dovrebbe affidare la soluzione dei propri problemi alla coscienza dei cattolici e non all'ausilio del braccio secolare, sia a quelli dello Stato, considerando che il potere politico, rimanendo in vigore il concordato, è indotto a contare sull'appoggio della chiesa cattolica, alterando il ritmo naturale della dinamica sociale<sup>32</sup>: lo conferma la recente esperienza del comportamento che, nei confronti del papa e della gerarchia ecclesiastica, anche il presidente del consiglio attualmente in carica ha tenuto sin dalle prime settimane del suo incarico.

L'ottavo paragrafo dei principi fondamentali, infine, riguarda la questione delle garanzie da riconoscere al sommo pontefice e stabilisce in particolare che "Il Capo della Chiesa Cattolica avrà dalla Repubblica tutte le guarentigie necessarie per l'esercizio indipendente del potere spirituale". Questo principio, che era già stato formulato nel decreto fondamentale che istituiva la repubblica romana, contiene una norma di particolare importanza sia per quel che dice che per quel che non dice, in quanto il testo poi approvato non comprende l'affermazione, contenuta invece nel progetto, "La religione cattolica è la religione dello Stato": un principio che, introdotto nel 1848 nell'ordinamento italiano con l'art. 1 dello statuto albertino, e poi ribadito con l'art. 1 del trattato del laterano, è rimasto come norma giuridica nel nostro ordinamento fino a quando nel 1984 il legislatore concordatario, nel n. 1 del protocollo addizionale al concordato, ha precisato che "si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano". Soltanto con la sentenza n. 203 del 1989, una sentenza che meriterebbe un'analisi più ampia di quella consentita in questa sede, la corte costituzionale, con grave e scandaloso ritardo, ha poi affermato che il principio di laicità dello Stato è uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Sull'esigenza di conseguire un superamento del regime concordatario in Italia, cfr. il mio intervento in AA.VV., *Libertà di coscienza e democrazia reale*, a cura di Carta 89, Manduria 1992, 15 ss. e il recente saggio di P. COLELLA, *Il procedimento nei confronti del cardinale Giordano e il Concordato*, in *Questione giustizia*, 1998, 935-44, spec. 944.

<sup>33</sup> Il concetto di "principio supremo dell'ordinamento" è stato "coniato" dalla Corte

Anche qui devo resistere alla tentazione di impegnarmi in un'analisi che, pur essendo giustificata dall'importanza della questione, non può però superare i limiti di un breve cenno, considerando il carattere generale di questo mio lavoro<sup>34</sup>.

Non mi soffermo qui nell'analizzare la ricchezza del dibattito che si svolse nell'assemblea costituente della repubblica romana prima che venisse approvata la norma che omise qualunque riferimento al principio della religione cattolica, sia come religione del nuovo Stato che come religione della maggioranza della popolazione di esso: un dibattito per il quale rinvio all'accurata analisi degli autori che hanno affrontato espressamente tale aspetto della costituzione romana<sup>35</sup>.

Ritengo invece opportuno ricordare, sia pure in breve, che la questione della laicità e della confessionalità dello Stato italiano e delle istituzioni civili costituisce un problema certamente non risolto<sup>36</sup> e che anzi presenta aspetti sempre più inquietanti, anche considerando la valutazione riduttiva che tale questione assume nell'opinione di molti politici («il senso della laicità dello Stato» è «un'espressione che trovo ideologica», ha osservato di recente Claudia Mancina, au-

---

costituzionale proprio in riferimento alla materia ecclesiastica nella sent. n. 30 del 1971, in questa *Rivista* 1971, 150 ss. Ma, con riferimento alla materia concordataria, le sentt. della Corte n. 32 del 1971, *ivi*, 153, n. 16 del 1982, *ivi*, 1982, 131 ss., e l'ord. n. 26 del 1985, *ivi* 1985, 85, hanno sostanzialmente negato al principio costituzionale di eguaglianza la qualità di principio realmente supremo, riconoscendone la derogabilità in virtù dell'art. 7 Cost.: v. sul punto, S. LARICCIA, *Patti lateranensi e principi costituzionali*, in *Dir. eccl.* 1971, I, 327 ss.; *Id.*, *Valori costituzionali e sistema italiano di diritto ecclesiastico*, in *Dir. e soc.*, 1983, 253 ss. e, di recente, N. ZANON, *Premesse ad uno studio sui "principi supremi" di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in questa *Rivista* 1998, 1891-946.

<sup>34</sup> Per una valutazione della questione della laicità dello Stato italiano, rinvio a S. LARICCIA, *Laicità e politica nella vicenda dello Stato italiano contemporaneo*, in *Quad. dir. pol. eccl.* 1995, I, 11 ss.

<sup>35</sup> Tra gli scritti più recenti v. M. FERRI, *Costituente e Costituzione*, cit., 24 ss.

<sup>36</sup> Nei giorni in cui scrivo questo lavoro vi sono nuovi elementi di riflessione: mi limito a ricordare il recente voto parlamentare sulla fecondazione assistita, i finanziamenti alla scuola privata deliberati dai consigli regionali di Lombardia ed Emilia e le proposte governative, sinora non approvate dal parlamento, di finanziamenti agli istituti scolastici privati, le ingenti sovvenzioni al Vaticano per il Giubileo, l'offensiva ideologica della gerarchia ecclesiastica, con ingerenze in molti settori della vita pubblica e privata.

torevole esponente del partito dei democratici di sinistra)<sup>37</sup>. Su molti temi importanti come la fecondazione eterologa e i finanziamenti alla scuola privata, si è determinata la formazione di una compatta unità politica dei cattolici, premessa per una riaggregazione delle forze conservatrici del nostro paese, che induce a non poche preoccupazioni. Con specifico riferimento ai contenuti della sentenza n. 203 del 1989, con la quale la corte costituzionale ha affermato il principio di laicità dello Stato, va ricordato che con essa la corte ha inteso affermare la 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 regime di pluralismo confessionale e culturale»<sup>38</sup>; essa non ha invece accolto quella concezione della laicità-neutralità, considerata «l'espressione più propria della laicità»<sup>39</sup> da un giurista di accentuata sensibilità democratica come Costantino Mortati, una concezione che, al contrario di quella accolta dai nostri giudici costituzionali, comporta l'irrelevanza per lo Stato dei rapporti derivanti dalle convinzioni religiose, nel senso di considerarli fatti privati da affidare esclusivamente alla coscienza dei credenti: tale concezione della laicità era bene espressa dalla già ricordata formula del settimo principio fondamentale della costituzione della repubblica romana, nel quale si stabiliva che l'esercizio dei diritti privati e pubblici dei cittadini non avrebbe dovuto dipendere dalla loro credenza religiosa. Ed è una concezione che, a distanza di tanti anni da allora, tarda ad affermarsi nel nostro paese, come dimostra l'esperienza di quanto, in occasione del voto sulla legge in materia di fecondazione c.d. assistita, è avvenuto alla camera dei deputati dove si è affacciato il dubbio che fosse più "laica" la tanto vituperata prima repubblica, nella quale erano state approvate leggi come quella sul divorzio e sull'interruzione della gravidanza. Ancora una volta ci si deve domandare se i cittadini non abbiano diritto a leggi che non impongano comportamenti o divieti

---

<sup>37</sup> Dalla *Quercia. Mancina: pressione inaccettabile. Ma c'è chi si accoderà*, Intervista a cura di P. CONTI, in *Corriere della sera*, 6 febbraio 1999, 11.

<sup>38</sup> Cfr. il punto n. 4 del considerato in diritto della sentenza.

<sup>39</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, spec. 1515: sulla concezione della laicità in C. Mortati, può vedersi S. LARICCIA, *Il contributo di Costantino Mortati per l'attuazione delle libertà di religione in Italia*, in M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano 1990, 491-510.

ispirati a pur rispettabili principi religiosi ed etici, ma debbano garantire la libertà di tutti nella coesistenza di scelte e principi individuali<sup>40</sup>.

Con riferimento alla stipulazione del nuovo concordato del 18 febbraio 1984, l'esperienza di questi anni mi consente di ribadire un giudizio già espresso in precedenti circostanze: i rapporti tra Stato e chiesa cattolica e, soprattutto, le garanzie dei cittadini italiani non hanno tratto alcun giovamento dalla stipulazione di un nuovo concordato, un concordato ancora una volta stipulato dal governo ed approvato dal parlamento per soddisfare gli interessi dei partiti politici, anziché le esigenze dei cittadini. Lo dimostra la valutazione dei problemi del sostentamento del clero, della scuola, dell'insegnamento e dell'istruzione, delle condizioni di privilegio garantite alla gerarchia ecclesiastica.

6. *Diritti e doveri dei cittadini.* - A proposito delle norme sui diritti e doveri dei cittadini, contenute negli artt. 1-14 della costituzione della repubblica romana, ricordiamo che essi riguardano la cittadinanza della repubblica (artt. 1-2), l'inviolabilità delle persone e delle proprietà (art. 3), il divieto di arresto per motivi diversi dalla flagranza di delitto o per mandato del giudice, il principio del giudice naturale (art. 4), l'abolizione delle pene di morte e di confisca (art. 5), l'inviolabilità del domicilio (art. 6), la libertà di manifestazione del pensiero e la previsione della punizione per legge dell'abuso «senza alcuna censura preventiva» (art. 7), la libertà di insegnamento e l'affidamento alla legge della definizione delle condizioni relative alla moralità e capacità per gli aspiranti insegnanti (art. 8), l'inviolabilità del segreto epistolare e cioè la libertà di corrispondenza (art. 9), il diritto individuale e collettivo di petizione (art. 10), la libertà di associazione «senza armi e senza scopo di delitto» (art. 11), l'appartenenza di tutti i cittadini alla guardia nazionale «nei modi e colle eccezioni fissate dalla legge» (art. 11), la previsione dell'espropriazione soltanto per pubblica utilità e previa giusta indennità (art. 13), l'affidamento al legislatore del compito di determinare le spese pubbliche e dei modi di contribuirvi, con la previsione che nessuna tassa avrebbe potuto

---

<sup>40</sup> Per interessanti considerazioni sull'esito del voto alla camera, cfr. M. MAFAI, *La sinistra rimpiange la stagione del divorzio*, in *La Repubblica*, 5 febbraio 1999, 3.

essere imposta se non per legge, né percetta per tempo maggiore di quello dalla legge determinato (art. 14).

A proposito della parte della costituzione romana riguardante i diritti e i doveri dei cittadini vorrei qui esprimere piena adesione all'opinione espressa da Mauro Ferri, il quale ha osservato che «nel complesso il titolo primo costituisce un'organica enunciazione dei diritti – (scarso posto vi hanno i doveri) –, generalmente più avanzata rispetto alle analoghe disposizioni degli Statuti degli Stati italiani. Il modello determinante è stato soprattutto la Costituzione francese, ma non mancano spunti originali qualche volta anticipatori di soluzioni future»<sup>41</sup>.

Con riferimento a tali disposizioni, può essere innanzi tutto interessante ricordare alcune rilevanti differenze rispetto agli artt. 24-32 dello statuto albertino, nel quale risultava garantita la libertà individuale (art. 26), ma non la libertà di associazione, in conformità ai principi che nei sistemi liberali tendevano alla massima garanzia dell'autodeterminazione individuale; era assicurata la libertà di stampa, con la precisazione tuttavia che le bibbie, i catechismi, i libri liturgici e di preghiera non avrebbero potuto essere stampati senza il preventivo assenso del vescovo (art. 28); non erano previste né la libertà di manifestazione del pensiero, né la libertà di insegnamento.

Per quanto invece riguarda una sia pur sintetica comparazione con le disposizioni della parte prima della costituzione della repubblica italiana che, in quattro titoli, dedicati rispettivamente ai rapporti civili (artt. 13-28), ai rapporti etico-sociali (artt. 29-34) ai rapporti economici (artt. 35-47) e ai rapporti politici (artt. 48-54), disciplinano le garanzie costituzionali dei cittadini, va notato che la costituzione italiana del 1948 conferma il rilievo che in ogni Stato democratico assumono i diritti dei cittadini riferiti alla cittadinanza, all'inviolabilità della persona e delle sue proprietà, al domicilio, alla corrispondenza, alle libertà di associazione e di manifestazione del pensiero, ai rapporti di natura tributaria ed inoltre prevede altre numerose garanzie, dedicando specifica attenzione a profili che non avrebbero potuto assumere rilievo in una costituzione democratica della metà dell'ottocento o che si collegano ad esperienze e settori particolarmente significativi, per motivi storico-giuridici, nel periodo in cui lavorarono i componenti

---

<sup>41</sup> M. FERRI, *Costituente e costituzione*, cit., 37.

dell'assemblea costituente dell'Italia repubblicana: mi riferisco in particolare, ma qui l'elencazione ha solo un significato esemplificativo, alla libertà di riunione (art. 17) e di religione (artt. 19-20), al diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24), ai principi sulla responsabilità dei funzionari e dei dipendenti dello Stato (art. 28), alle disposizioni sui diritti della famiglia e sulla condizione giuridica dei figli (artt. 29-31), alla tutela della salute (art. 32), alle norme in tema di scuola (artt. 33-34), ai rapporti economici (artt. 35-47), con particolare riferimento alle associazioni sindacali, al diritto di sciopero e alla costituzione economica, ai diritti elettorali di tutti i cittadini, uomini e donne (art. 48), ai partiti politici (art. 49), al dovere di tutti i cittadini di essere fedeli alla repubblica e di osservarne la costituzione e le leggi (art. 54).

Una novità di fondamentale importanza da porre in rilievo, nella valutazione della nostra attuale costituzione, in confronto con altre carte costituzionali del passato e del presente, è che il costituente non si è limitato a disciplinare i rapporti tra i cittadini e lo Stato, ma ha voluto anche garantire l'esplicarsi della libertà e della personalità individuale all'interno delle varie formazioni sociali, con l'intento di realizzare non solo un orientamento democratico della società politica, riconoscendo le libertà fondamentali nei confronti dell'autorità pubblica, ma anche un orientamento democratico della società civile<sup>42</sup>. Occorre invero essere consapevoli che affinché la democrazia sia sufficientemente garantita, appare del tutto inadeguata una organizzazione democratica dell'apparato statale, e si richiede che tutto il paese sia organizzato mediante strutture di libertà articolate in tutto il corpo sociale: movimenti d'opinione, associazioni di cultura, scuole, famiglie, sindacati, partiti, effettiva libertà di stampa, democrazia a livello locale e, su un piano distinto per le finalità ma non per i soggetti, forme nuove e più intense di partecipazione e di responsabilità degli individui nell'ambito delle comunità extrastatali. D'altra parte,

---

<sup>42</sup> Cfr. in proposito V. CRISAFULLI, *Lo spirito della Costituzione*, in AA.VV., *Discorsi e scritti sulla Costituzione*, I, Milano 1958, 104, nel quale l'A. osserva che la costituzione interviene con le sue disposizioni nei più svariati aspetti della vita associata «cercando il suo cittadino nella famiglia, nella scuola, nella caserma, sui campi e nelle officine: là dove egli realmente si trova, alla prese con le sue occupazioni, con i suoi problemi quotidiani, con le vicissitudini della sua sorte».

le strutture di democrazia e di libertà innestate nel corpo sociale non sono che un mezzo per la formazione di donne e uomini liberi, capaci di esprimere la loro libertà nell'esercizio quotidiano, nelle scelte culturali e morali, nella partecipazione politica e nella consapevole assunzione delle relative responsabilità.

7. *L'organizzazione della repubblica romana.* - Con riferimento all'organizzazione della repubblica romana, si sono già poste in rilievo le disposizioni che prevedevano il carattere democratico di tale ordinamento, ritenendo che l'affermazione del principio repubblicano non fosse sufficiente per affermarne anche la democraticità. In sintesi ricordo, a proposito dell'ordinamento politico previsto, sotto il titolo secondo dall'art. 15, che, con la norma «Ogni potere viene dal Popolo. Si esercita dall'Assemblea, dal Consolato, dall'Ordine giudiziario», si ribadisce la formula della sovranità popolare e, pur non affermando esplicitamente, si stabilisce il principio della separazione dei poteri – legislativo, esecutivo e giudiziario –, che vengono assegnati rispettivamente all'assemblea, al consolato e all'ordine giudiziario. Con riferimento al titolo III, relativo all'assemblea, un vivo dibattito suscitò la questione della definizione, poi approvata, del voto popolare come voto pubblico (art. 20): Mauro Ferri ha osservato che «è questa forse la norma che più stona con la nostra sensibilità e con l'opinione moderna», anche se la scelta del voto pubblico, nel contesto storico in cui si verificava non deve essere giudicata aberrante come apparirebbe oggi<sup>43</sup>. Pur condividendo le perplessità di Ferri sul principio del voto pubblico stabilito come regola generale, e pur considerando l'importanza che negli ordinamenti moderni assume l'obbligo per le autorità di predisporre garanzie per la segretezza dell'espressione elettorale a tutela della libertà di voto, devo dire che sono rimasto colpito dalla determinazione e dal rigore con i quali soprattutto il Saliceti si impegnò nel dibattito dell'assemblea per dimostrare la superiorità del voto pubblico rispetto a quello segreto: il suo richiamo all'esperienza inglese, nella quale il voto segreto sarà poi introdotto a partire dal 1872, il ricordo delle opinioni espresse, nell'antichità, da Plinio il Giovane<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> M. FERRI, *Costituente e costituzione*, cit., 40.

<sup>44</sup> *Lettere*, III, 20 e IV, 25.

e più di recente da Benjamin Constant, scrittore e politico francese autore, nel 1818-'20, di un famoso *Corso di politica costituzionale*<sup>45</sup>, dimostrano quanto venissero allora sentite le esigenze di quella che siamo oggi abituati a definire con l'espressione di "trasparenza"<sup>46</sup>. Particolare rilievo, nelle disposizioni relative all'assemblea, assumono la regola, stabilita nell'art. 18, della incompatibilità fra il mandato elettivo e la funzione pubblica di nomina dell'esecutivo e il principio che attribuisce all'assemblea, oltre al potere legislativo, anche quello di decidere della pace, della guerra e dei trattati (art. 29). A proposito del titolo IV, riguardante il consolato e il ministero, ricordo la proposta che la commissione incaricata di predisporre il progetto aveva fatto per impedire che i consoli e la stessa assemblea, che traevano entrambi la fonte del loro potere dall'elezione popolare, potessero eventualmente oltrepassare i limiti ad essi fissati dalla costituzione: in proposito la commissione, con l'intento di tutelare l'equilibrio dei poteri costituiti, aveva previsto l'istituzione del "tribunato" che doveva provvedere alla garanzia delle leggi fondamentali della repubblica<sup>47</sup>. È tuttavia da ricordare che tale proposta non ottenne il consenso della maggioranza dei componenti l'assemblea ed anzi sollevò molte critiche da parte di chi nel dibattito espresse il timore che, anziché ottenere i risultati perseguiti dalla commissione proponente, il tribunato potesse trasformarsi da garante della legittimità costituzionale in organo prevaricatore del consolato e dell'assemblea. Tali critiche portarono alla soppressione del tribunato.

---

<sup>45</sup> Il *Cours de politique constitutionnelle ou collection des ouvrages publiés sur le gouvernement par Benjamin Constant*, edito a Parigi nel 1851 a cura di DE LABOULAYE, raccoglie i maggiori scritti politico-costituzionali del Constant apparsi fra il 1814 e il 1820: cfr. in proposito M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi*, cit., 7.

<sup>46</sup> Agli argomenti esposti dal Saliceti a favore della regola del voto pubblico ho ripensato leggendo l'appello che il gruppo "Tavole di donne sulla bioetica" ha rivolto ai parlamentari, a proposito del voto in tema di fecondazione c.d. assistita: «Venite allo scoperto con il voto palese!», si legge nell'appello, nel quale si esprime una protesta verso un parlamento «che non ha nemmeno il coraggio delle proprie opinioni» e si chiede «a ciascuna e ciascuno di dire pubblicamente come vota e perché». L'appello firmato è pubblicato in *Il manifesto*, 5 febbraio 1999, 5.

<sup>47</sup> Con specifico riferimento al dibattito svoltosi all'assemblea costituente della repubblica romana, tra il 26 maggio e il 30 giugno 1849, riguardo all'idea del tribunato come strumento della sovranità popolare, cfr. P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, Torino 1971, 105-115.

Come dichiarò l'Agostini, l'istituzione del tribunato «non è protetta da veruna autorità di esempio nelle costituzioni moderne; ma ci sembrò abbastanza protetta dalla autorità della ragione». Il Tribunale, secondo i proponenti, aveva poteri e funzioni di seconda camera, di corte costituzionale, di corte di controllo. Prevalse a tale riguardo l'opinione del Saliceti, il quale dichiarò «Non v'è d'uopo d'un Tribunale per invigilare il Potere Esecutivo», ritenendo che fosse sufficiente l'azione di controllo svolta in proposito dall'opinione pubblica e dalla stampa: eppure tale proposta, soprattutto per l'esercizio del potere di giudicare sulla costituzionalità delle leggi, si rivela anticipatrice di una soluzione, l'istituzione della corte costituzionale come giudice di legittimità delle leggi, che verrà accolta dalla maggior parte delle costituzioni del novecento e che, in particolare, costituisce uno degli aspetti più rilevanti della carta costituzionale dell'Italia repubblicana e democratica.

Per il consiglio di Stato, disciplinato nel titolo quinto, va sottolineato che esso, composto di quindici consiglieri nominati dall'assemblea, esercitava il potere consultivo nei confronti dei consoli e dei ministri ed emanava regolamenti, previa delega dell'assemblea.

Con riferimento al potere giudiziario, infine, era stabilito il principio della loro indipendenza con la formula «I giudici nell'esercizio delle loro funzioni non dipendono da altro potere dello Stato»; l'anno precedente lo statuto albertino aveva solo parzialmente garantito l'indipendenza dei magistrati, in quanto aveva stabilito la loro indipendenza solo dopo tre anni di esercizio (art. 69): e per i giudici che già erano in servizio si discuteva se i tre anni decorressero dal momento dell'entrata in vigore dello statuto, «termine che avrebbe consentito al governo di disfarsi dei giudici sgraditi prima che scattasse la data a partire dalla quale si acquistava la garanzia dell'inamovibilità»<sup>48</sup>, o dal momento dell'ingresso in magistratura. L'unica ragione del triennio di prova stava proprio nella possibilità di fare un "esperimento" della fede politica dei magistrati<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> L. VIOLANTE, *I cittadini, la legge e il giudice*, in *Storia d'Italia*, Annali 14, *Legge, diritto, giustizia*, a cura di L. VIOLANTE, Torino 1998, XVII-LXXIII, spec. XXIII.

<sup>49</sup> Tale concetto era stato espresso con chiarezza da Cavour, in un discorso alla camera del 13 maggio 1848: «Il Ministero – dichiarò Cavour – reputa che la magistratura subalpina, considerata nel suo complesso, sia una delle sue glorie nazionali [...] Ma

«La giustizia è amministrata in nome del popolo», si legge nell'art. 52 della costituzione della repubblica romana. Ed invece lo statuto albertino del 1848 apriva la sezione dedicata all'ordine giudiziario» con l'affermazione che la giustizia emana dal re, ed è amministrata in suo nome dai giudici ch'egli istituisce (art. 68). Tipica espressione della cultura illuministica appariva poi, nello statuto di Carlo Alberto, l'art. 73, che disponeva che «L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo». In un sistema nel quale il potere legislativo spettava al re e alle camere, lo statuto riservava al potere legislativo l'interpretazione autentica del diritto, mediante un precetto la cui portata consisteva essenzial-

---

[...] esso per organo del signor Guardasigilli ha pure affermato che in mezzo a questo corpo illustre vi sono certamente alcune eccezioni che il governo ha ferma intenzione di sceverare dal corpo medesimo».

Vi fu successivamente un decreto di epurazione, firmato il 17 marzo 1851 non dal ministro della giustizia, Giuseppe Siccardi, che preferì dimettersi, ma dal ministro dell'interno, Filippo Galvagno, guardasigilli *ad interim*. Alla fine gli epurati furono soltanto sette, su circa 1250 magistrati; in seguito, tra il 1853 e il 1870, vi furono altri due episodi di epurazione, con interventi che dimostravano chiaramente quanto avvertita fosse allora l'esigenza di garantire la fedeltà politica dei magistrati al governo e al parlamento. Più tardi Giovanni Giolitti sintetizzerà con chiarezza, in un celebre discorso del 1897, i caratteri del rapporto tra governo e magistratura in quegli anni. «Al Governo – dichiarò in quella circostanza Giolitti – restano i seguenti poteri sulla magistratura. Dei pretori dispone liberamente senza alcuna garanzia. I magistrati sono tutti nominati dal governo; le promozioni loro dipendono per intero dal beneplacito del governo; il governo può negar loro qualsiasi trasferimento; è il governo che determina le funzioni a cui ciascun magistrato deve essere addetto ogni anno e che designa i magistrati che devono giudicare le cause civili e le penali, e li riparte tra le varie sezioni delle corti e dei tribunali, è il governo che compone a piacer suo le sezioni di accusa presso le corti di appello e sceglie i giudici che devono presso i tribunali adempiere le funzioni di giudici istruttori, nel qual modo ha in mano sua l'istruzione nei processi penali e così l'onore e la libertà dei cittadini; infine il ministro guardasigilli ha diritto di chiamare a sé e di ammonire qualunque membro di corte o di tribunale [...]». «Se la carriera dei magistrati – concludeva Giolitti – fosse sottratta all'azione del governo per farla dipendere dalle deliberazioni dei collegi giudiziari, sarebbe tolto qualsiasi sospetto di illegittima ingerenza governativa o parlamentare, di pressioni che si esercitano dall'alto o dal basso e la magistratura acquisterebbe l'autorità che è indispensabile all'esercizio della sua altissima missione»: G. GIOLITTI, *Discorso agli elettori di Caraglio* (1987), in *Id.*, *Discorsi parlamentari*, Torino 1952, 195, cit. da G. NEPPI MODONA, *La magistratura ed il fascismo*, in *Pol. dir.*, 1972, 568. L'intento delle parole pronunciate nel discorso era evidentemente di denuncia di una situazione criticabile; ma lo stesso Giolitti, giunto al governo, si avvarrà senza esitazione degli stessi poteri che aveva in precedenza criticato.

mente nell'escludere il riconoscimento di qualunque forma di diritto "giurisprudenziale"<sup>50</sup>.

Con l'avvento della repubblica italiana, e poi con l'approvazione della carta costituzionale del 1948, iniziò la graduale affermazione del principio di indipendenza dei giudici anche nel nostro paese, indipendenza considerata sia come indipendenza interna che esterna: ed è nota l'importanza che, nel 1958, con significativo ritardo rispetto all'entrata in vigore della costituzione, assunse l'istituzione del consiglio superiore della magistratura. Ma è giusto ricordare che le disposizioni sulla magistratura previste nella costituzione della repubblica romana presentano aspetti di singolare modernità.

8. *Natura e peculiarità della carta costituzionale della repubblica romana. In particolare, la procedura di revisione e la rigidità della costituzione.* - Circa la natura della carta costituzionale della repubblica romana, si tratta di una costituzione che giustamente è stata definita da Fausto Fonzi «la costituzione più ardità, più profondamente democratica, del nostro Ottocento»<sup>51</sup> e che, con riferimento al periodo nel quale venne approvata, rappresentò una *rara avis* e quasi un *unicum* nel panorama complessivo degli ordinamenti costituzionali dell'epoca<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Se si confronta questo testo con l'art. 16 del titolo preliminare al codice civile sardo del 1837, che riservava tale funzione al "sovrano", si può ritenere che un passo importante risultava certamente compiuto, ma tale passo non era nella prospettiva di ottenere una migliore definizione del ruolo del giudice, bensì rispondeva all'esigenza di affermare il ruolo centrale della camera elettiva nel processo di formazione e modificazione del diritto "legislativo". Cfr. sul punto A. PIZZORUSSO, *Le garanzie giurisdizionali: il problema dell'indipendenza del giudice*, Relazione al Convegno promosso dalla Accademia Nazionale dei Lincei e dalla Corte Costituzionale, in collaborazione con l'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (Roma, 19 dicembre 1997), in corso di pubblicazione negli atti del convegno: nota l'A. che, in pratica, il ruolo delle camere come potere legislativo fu spesso svuotato dal riconoscimento di un ruolo amplissimo all'attività normativa del governo, specialmente attraverso la pratica delle delegazioni legislative ed in virtù del riconoscimento della decretazione d'urgenza con valore di legge.

<sup>51</sup> F. FONZI, *Introduzione a La mostra storica della Repubblica romana. 1849*, cit., 34, al quale si rinvia per la sintetica e chiara esposizione degli avvenimenti più salienti dell'esperimento costituzionale della Repubblica romana del 1849.

<sup>52</sup> Cfr. in tal senso S. FURLANI, *La Costituzione della Repubblica Romana del 1849*, cit., 64.

Nelle parole di presentazione del progetto da parte dell'Agostini, emerge con chiarezza l'intento, perseguito dalla commissione incaricata di elaborarlo, di approvare una "Costituzione che fosse l'espressione delle condizioni morali, economiche e politiche" del popolo degli stati pontifici, uscito di minorità e sottrattosi alla tutela del capo della chiesa cattolica, come venne definito il pontefice nel paragrafo VIII dei principi fondamentali della costituzione. La nuova costituzione doveva rappresentare la fase finale di un processo ultramillenario a conclusione della realizzazione del trinomio libertà, eguaglianza, fratellanza, alla quale avevano contribuito gradualmente tre rivoluzioni, come affermò in assemblea, il 24 giugno, Quirico Filopanti<sup>53</sup>.

Anche se il riferimento più continuo e diretto fu rappresentato dalla costituzione repubblicana francese del 4 novembre 1848, occorre però ricordare lo scarso credito che tale costituzione assumeva in quel periodo, considerando che l'evoluzione verso l'autoritarismo presidenziale dell'ordinamento francese costituiva un elemento negativo cui si attribuiva il significato di un rischio per la sopravvivenza della stessa repubblica romana. Come infatti osservava l'Agostini: «La Costituzione francese non lusingava già troppo la nostra attenzione, perché una Costituzione di una nuova Repubblica, la quale lascia aperta al Potere esecutivo la via di abbandonare la causa dei popoli generosi che si sollevano a libertà, non è certo una Costituzione per noi, per noi che onoriamo ogni diritto di nazionalità, e vogliamo proclamato il principio della fratellanza dei popoli».

Un rilievo del tutto particolare assumono il problema della procedu-

---

<sup>53</sup> «Roma – aveva dichiarato Filopanti – ha avuto tre memorabili rivoluzioni; l'una che scacciò i Tarquini, e soppresse la potestà regia. Quella fu la rivoluzione della libertà. Un'altra molti secoli dopo nel 1798, fu rivoluzione imposta più che spontanea, ma pur utile, da che venne ad abbattere i privilegi delle due caste, sacerdotale e patrizia; quella fu la rivoluzione dell'eguaglianza; da ultimo Roma ha fatto un'altra rivoluzione nel 1848; questa ebbe una tendenza di più sopra le altre precedenti, fu una grande protesta contro un Governo nemico della nazionalità italiana, nemico di quello spirito di associazione, che si mostrava potente in tutte le città dello Stato; fu una energica aspirazione alla unità nazionale, ed a quella solidarietà di tutte le classi, la quale, mediante il comune soccorso, deve assurgere gli uomini a destini migliori; quella fu pertanto la rivoluzione della fraternità»: l'intervento di QUIRICO FILOPANTI è riportato in *Le Assemblee del Risorgimento*, Roma, Camera dei Deputati, 1911, IV, 912-13.

ra di revisione prevista per la modifica costituzionale e la definizione della costituzione della repubblica romana come costituzione rigida. Recentemente Alessandro Pace ha richiamato l'attenzione sulla distinzione tra costituzioni rigide e flessibili, nell'introduzione ad un importante saggio di James Bryce su questo argomento, pubblicato come testo rielaborato di due conferenze tenute nel 1884. In un periodo nel quale la classificazione tradizionale delle costituzioni era basata sull'alternativa diritto scritto e non scritto, Bryce sottolineò l'importanza ben maggiore che avrebbe dovuto assumere la distinzione, essenzialmente giuridica, consistente «nella relazione che ogni costituzione ha con le leggi ordinarie dello Stato e con l'autorità ordinaria che approva quelle leggi». In base a tale distinzione, le costituzioni flessibili, essendo costituite da leggi e consuetudini, sono ovviamente modificabili da tali atti e fatti; le costituzioni rigide sono invece giuridicamente immodificabili dal legislatore ordinario<sup>54</sup>. Il documento (o i documenti) in cui è contenuta una costituzione rigida – osservava Bryce – è approvato non dall'autorità legislativa ordinaria, ma da alcuni soggetti o enti dotati di competenza speciale. Se è suscettibile di revisione, può essere modificato solo da quell'autorità o dal quel particolare soggetto o ente<sup>55</sup>. Con la precisazione «se è suscettibile di revisione» Bryce alludeva, come giustamente ha ricordato Pace, ad un'eventualità che può mancare: un'eventualità che in effetti mancava nelle carte costituzionali francesi del 1814 e del 1830, nello statuto albertino del 1848 e nelle costituzioni spagnole del 1834, del 1837, del 1845 e del 1876: queste costituzioni, così come ogni carta costituzionale che esplicitamente proclamasse la immodificabilità, nella concezione di Bryce avrebbero dovuto qualificarsi rigide, giacché «il punto essenziale è che, negli Stati che posseggono costituzioni

---

<sup>54</sup> A. PACE, Presentazione di J. BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide*, a cura di A. PACE, trad. di R. Niro, Milano 1998, V-XXXVIII, spec. XVIII. Per una valutazione più approfondita del tema consistente nel precisare gli elementi di differenziazione fra costituzioni “flessibili” e costituzioni “rigide”, cfr. A. PACE, *La “naturale” rigidità delle costituzioni scritte*, in questa *Rivista* 1993, 4085 ss.; Id., *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra costituzione*, Padova 1996; *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1997, 7 ss.: gli ultimi due saggi sono ripubblicati in Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova 1997.

<sup>55</sup> J. BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide*, cit., 8.

del tipo più moderno, quella legge superiore o fondamentale che è chiamata costituzione si colloca al di sopra delle leggi ordinarie e non può essere modificata dall'autorità legislativa ordinaria»<sup>56</sup>.

Per quanto in particolare riguarda lo statuto albertino, che non prevedeva un procedimento speciale di revisione, Bryce osserva più volte che esso, nel momento in cui scriveva il suo saggio, costituiva un esempio di costituzione flessibile: e tuttavia afferma che, da un punto di vista formale, «lo Statuto o Legge fondamentale del Regno di Sardegna, ora ampliatosi nel Regno d'Italia» era originariamente una costituzione rigida, in quanto il potere di modificarlo si riteneva spettasse soltanto alla Corona e che soltanto la prassi lo trasformò in una costituzione flessibile, essendo prevalsa l'opinione che lo statuto fosse modificabile dal corpo legislativo<sup>57</sup>.

La costituzione della repubblica romana del 1849, che al pari della vigente costituzione della repubblica italiana si collocava al disopra delle legge ordinaria e non poteva essere modificata dall'autorità legislativa ordinaria, è stata approvata come costituzione rigida. Con le disposizioni degli artt. 63 e 64 di tale carta costituzionale si stabiliva infatti che qualunque riforma di costituzione potesse essere «solo domandata nell'ultimo anno della legislatura da un terzo almeno de' rappresentanti» e che l'assemblea avrebbe dovuto deliberare per due volte sulla domanda, all'intervallo di due mesi: con l'ulteriore precisazione che «Opinando l'assemblea per la riforma alla maggioranza di due terzi, vengono convocati i comizii generali, onde eleggere i rappresentanti per la costituzione, in ragione di uno ogni quindicimila abitanti». Nell'art. 68, contenente una delle quattro disposizioni transitorie, si affermava il principio che le leggi e i regolamenti esistenti

---

<sup>56</sup> Tale opinione, richiamata da PACE, *Presentazione*, cit., XVIII, è esposta in BRYCE, *op. cit.*, 10, 66.

<sup>57</sup> J. BRYCE, *op. cit.*, 59: v. *ivi*, XXIX ss., le considerazioni di A. Pace. Nello stesso senso cfr. A. BRUNIALTI, *Nota* a J. BRYCE, *La Repubblica americana*, trad. it. a cura di A. BRUNIALTI, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, dir. da A. BRUNIALTI, III serie, vol. 1, Torino 1913, 432, nota 1, il quale osserva che «La Costituzione o Statuto italiano è in apparenza e per le sue origini un tipo rigido, ma nel fatto e per la sua evoluzione ha acquistato altresì una totale flessibilità, perché si dimostrò suscettibile di modificazioni, le quali devono esser fatte bensì con grande ponderazione, ma allo stesso modo di una legge ordinaria»: traggio la citazione da A. PACE, *Presentazione*, cit., XXXI, nota 65.

restassero in vigore «in quanto non si oppongono alla costituzione, e finché non siano abrogati». Era previsto dunque un procedimento “aggravato” di modifica della costituzione ed era stabilito il principio della prevalenza gerarchica delle disposizioni costituzionali rispetto ad ogni altra disposizione normativa vigente nella repubblica.

Nell’ultima parte dell’art. 64 si faceva anche riferimento alla eventualità che, in caso di riforma chiesta da una maggioranza di due terzi, si procedesse alle elezioni dei componenti di una assemblea costituente: ipotesi quest’ultima che non è prevista nella carta costituzionale vigente, con la conseguenza che in questi mesi, soprattutto dopo il fallimento dell’esperienza della commissione bicamerale, si discute se sia possibile procedere alla convocazione di una assemblea costituente<sup>58</sup>, o siano solo consentite, ai sensi dell’art. 138 della costituzione, modifiche specifiche e puntuali a singole disposizioni della costituzione vigente.

Nel confronto con l’esperienza costituzionale successiva a quella dell’assemblea costituente della repubblica romana, meritano dunque una particolare menzione sia la previsione di un’assemblea di revisione, dotata del potere di adottare le modifiche richieste, sia la natura di costituzione rigida che deve essere sicuramente riconosciuta al testo costituzionale del 1849: due soluzioni adottate sulla base del precedente dell’art. 111 della costituzione francese del 1848. Anche per questa parte, dunque, i costituenti della repubblica romana seppe indicare soluzioni di grande interesse per lo studio della storia costituzionale e per il lavoro dei costituenti del futuro.

---

<sup>58</sup> Con riferimento al tema del metodo e dei limiti della revisione costituzionale, cfr. S.P. PANUNZIO, *Introduzione* alla riunione del 19 giugno 1998, nel Seminario, *I costituzionalisti e le riforme*, ricordato in precedenza, 457-73, ed ivi gli interventi di A. PACE, S. LARICIA, F. SORRENTINO, M. AINIS, G.U. RESCIGNO, M. LUCIANI, M. GALIZIA, R. NANIA, C. PINELLI, G. AZZARITI.

## *Esigenze di laicità nella società italiana\**

Tra i vari problemi che tradizionalmente hanno sempre caratterizzato la vicenda dei rapporti tra Stato e confessioni religiose in Italia e le esigenze di laicità della società italiana, assumono un particolare rilievo le questioni che riguardano il diritto di famiglia, con speciale riferimento alla disciplina del matrimonio, alla materia scolastica (con attenzione particolare al rapporto tra scuola pubblica e scuola privata e all'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica) e a quella dei beni e degli enti ecclesiastici, che si riferisce sia al tema del sostentamento del clero che a quello dei beni culturali e della loro tutela.

Non mi soffermo qui, per evidenti motivi di spazio, sulle complesse questioni che riguardano il diritto di famiglia, a proposito del quale nuovi elementi occorre considerare data la recente e rapida trasformazione della nostra società in una società multi-etnica e multiculturale.

Per quanto riguarda il problema del rapporto tra scuola pubblica e scuola privata, occorre ricordare che gli articoli 33 e 34 della Costituzione rappresentano la risultante delle diverse tendenze emerse all'Assemblea costituente in materia scolastica. Con riferimento al divieto di sovvenzioni alle scuole private, è da ricordare che esso è stato, sin dai primi anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, costantemente aggirato per ogni ordine e grado di scuola.

Sono noti i tentativi volti a sostenere che il divieto costituzionale dell'articolo 33 è in realtà superabile e assai frequenti sono state in questi anni le occasioni nelle quali si è fatto ricorso alle più cavillose distinzioni, nel tentativo di fornire argomenti che potessero consentire di aggirare l'ostacolo costituzionale; nel periodo più recente, anche a seguito della crescente contestazione dello «statalismo» e del «centralismo», si è sollecitato un profondo ripensamento dei

---

\* In *Manifesto laico*, a cura di E. MARZO e C. OCONE, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 59-67.

rapporti pubblico/privato nell'ambito scolastico. Ma ogni testo di legge e, a maggior ragione, il testo di una disposizione inserita in una costituzione «rigida» va interpretato anzitutto per quel che dice, e in modo che quel che dice abbia un significato e non si risolva in un'interpretazione esattamente contrastante con le espressioni usate nel testo. Senza vuol dire senza; scuola privata vuol dire scuola privata e non può significare scuola pubblica (non statale); e oneri per lo Stato sono non soltanto i diretti finanziamenti, ma anche gli esoneri fiscali e tutte le agevolazioni che comportino un aggravio del bilancio statale. Sono tre le vie oneste per finanziare le scuole private: 1) far pagare per intero il servizio a chi lo richiede, cercando addirittura – ma senza oneri per lo Stato – di far concorrenza alla scuola pubblica quanto a efficienza; 2) raccogliere fondi in Italia e all'estero per finanziare quelle scuole e renderle accessibili a tutti gratuitamente o a bassi costi; 3) promuovere la revisione dell'articolo 33 della Costituzione.

Anche la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi, dopo un'ordinanza di rimessione del Tar dell'Emilia Romagna, che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della legge della Regione Emilia Romagna 24 aprile 1995, n. 52 (integrazioni alla legge regionale 25 gennaio 1983, n. 6, sul «Diritto allo studio»): era facilmente prevedibile che la Corte costituzionale, avanzando riserve su aspetti procedurali riguardanti il contenuto dell'ordinanza, avrebbe cercato ogni possibile soluzione per evitare di pronunciarsi in merito alla spinosa questione della legittimità costituzionale delle disposizioni che in tale regione hanno previsto il finanziamento pubblico delle scuole materne private. E, infatti, la Corte, con ordinanza n. 67 del 17 marzo 1998, ha ritenuto manifestamente inammissibile la questione proposta.

Non ritengo che la decisione emessa dalla Corte possa essere considerata come un segnale più generale di un orientamento favorevole ad ammettere la possibilità di introdurre in Italia un «sistema scolastico integrato», al pari di quello che è stato previsto in Emilia Romagna; anche in precedenza la Corte si era pronunciata, ma mai è emersa una interpretazione tale da indurre a svalutare l'importanza del limite costituzionale contenuto nel comma 3 dell'articolo 33 della Costituzione, sulla necessità cioè che la libertà della scuola privata incontri un limite nell'esigenza imprescindibile che non vi siano oneri per lo Stato.

La materia del sostentamento del clero è quella per la quale le innovazioni della riforma concordataria entrata in vigore nel 1985 sono state più profonde e discusse. Molte considerazioni possono certo essere fatte con riferimento a tale riforma, con la quale lo Stato italiano si è impegnato a versare ogni anno direttamente alla Cei, e non più ai diretti interessati, le somme destinate a pagare i supplementari di congrua. Nessun dubbio che dovesse essere riformato l'antiquato sistema dei benefici ecclesiastici e dei supplementi di congrua, ma sono molte le perplessità che suscita il sistema attualmente vigente, che è stato giustamente oggetto di molte critiche, non soltanto per l'assoluta indeterminatezza degli oneri derivanti al bilancio statale e per l'ingente aggravio di quest'ultimo, ma anche per la situazione di privilegio assicurata alla Chiesa cattolica, giacché una parte dell'imposta dei contribuenti che non si esprimono a favore della Chiesa cattolica viene egualmente devoluta a tale confessione religiosa.

È anche discutibile che, con il ricorso al sistema dell'otto per mille, sia stato introdotto un elemento di competitività fra interessi statali ed ecclesiastici, in considerazione della maggiore fiducia riposta nella diretta gestione delle confessioni religiose o nella diretta gestione delle istituzioni statali.

Per quanto concerne la protezione del patrimonio storico e artistico ecclesiastico in Italia, va considerato che i temi che riguardano tale questione hanno assunto negli ultimi anni un'importanza sempre maggiore e hanno suscitato un dibattito che indubbiamente trascende la questione concordataria, anche per il rilievo che la materia ha ricevuto per effetto della previsione costituzionale contenuta nell'articolo 9.

Quest'ultima disposizione attribuisce alla Repubblica la competenza per quanto riguarda la valutazione dell'interesse storico e artistico dei beni culturali, compresi i beni degli enti ecclesiastici, e solo quando l'amministrazione esercita i poteri inerenti alla gestione di tali beni si pone l'esigenza di un accordo con le autorità ecclesiastiche volto a evitare impedimenti ed ostacoli per il normale funzionamento dell'attività religiosa.

Ove si tratti di realizzare finalità di pubblico interesse che lo Stato moderno assume fra i suoi compiti specifici, come la tutela governativa del patrimonio culturale, considerata di tale importanza civile da costituire oggetto di una espressa previsione costituzionale, i poteri mediante i quali si attua l'intervento dello Stato rientrano tra

quelli in cui si esprime la potestà sovrana dello Stato a garanzia del pubblico interesse.

Il Concordato lateranense del 1929 non faceva alcun cenno espresso all'argomento del patrimonio culturale ecclesiastico, né alcun cenno vi facevano le leggi e i regolamenti statali di applicazione delle disposizioni concordatarie. Al contrario, l'articolo 12 del Concordato del 1984 stabilisce che la Santa Sede e la Repubblica italiana, nel rispettivo ordine, «collaborano per la tutela del patrimonio storico ed artistico» (comma 1) e che le due parti concorderanno opportune disposizioni per la salvaguardia, la valorizzazione e il godimento dei beni culturali d'interesse religioso appartenenti a enti e istituzioni ecclesiastiche, al fine di armonizzare l'applicazione della legge italiana con le esigenze di carattere religioso (comma 2). La via della cooperazione per la tutela del patrimonio culturale d'interesse religioso è stata seguita anche nelle intese stipulate, ai sensi dell'articolo 8, comma 3 della Costituzione, tra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica.

Tra i problemi posti dalla nuova normativa concordataria va considerato, innanzi tutto, quello dell'individuazione di una materia mista nuova rispetto a quelle già contemplate nella disciplina dei Patti lateranensi del 1929.

Le critiche e le obiezioni sollevate con riferimento a tale prospettiva, durante il lungo periodo delle trattative per la revisione concordataria, non hanno evitato che l'accordo tra Stato e Chiesa cattolica, siglato il 18 febbraio 1984, si estendesse, oltre i limiti del Concordato del 1929, alla tutela del patrimonio storico-artistico, così compresa nell'area del potenziale conflitto tra i due poteri: una soluzione discutibile considerando che l'articolo 9 della Costituzione esige la considerazione unitaria del patrimonio storico-artistico della nazione in funzione della tutela affidata alla competenza esclusiva della Repubblica.

Tra le molte questioni che il tema dei beni culturali nei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica ha posto negli ultimi anni mi limito qui a ricordarne in particolare due: quella delle discussioni sollevate dall'iniziativa di stipulare un'intesa di attuazione dell'articolo 12 del Concordato e quella del trasferimento alle parrocchie della proprietà di alcune chiese di particolare importanza e delle loro pertinenze.

Concludendo, a me sembra necessario ribadire un giudizio già

espresso in precedenti circostanze. A distanza di quindici anni dalla stipulazione del patto di Villa Madama del 18 febbraio 1984, i rapporti tra Stato e Chiesa cattolica non hanno tratto alcun giovamento dalla stesura di un nuovo Concordato: un Concordato ancora una volta siglato dal governo e approvato dal Parlamento per soddisfare gli interessi dei partiti politici, anziché le esigenze dei cittadini italiani.

Una valutazione delle scelte politiche con le quali si è stipulato il Concordato nel 1929, lo si è «richiamato», insieme al Trattato lateranense, nella Carta costituzionale del 1948 e lo si è revisionato nel 1984 con l'accordo di Villa Madama approvato da una larga «maggioranza concordataria», consente di verificare quali conseguenze negative siano da esse derivate. La filosofia concordataria esprime una logica di privilegio nei confronti di una tra le varie confessioni religiose operanti nella società ed è questa la ragione principale per la quale coloro che coerentemente sostengono una posizione anticoncordataria ritengono opportuno continuare a impegnarsi per realizzare anche nel nostro Paese una società civile e politica senza «concordati» con le confessioni religiose.

Occorre dunque continuare a impegnarsi per il superamento in Italia del regime concordatario e per una legislazione di diritto comune capace di garantire, in conformità ai principi contenuti nella Costituzione dell'Italia repubblicana e democratica, i diritti di libertà e di eguaglianza dei singoli e dei gruppi in materia religiosa.

## *Il contributo di Piero Bellini allo studio del diritto pubblico italiano\**

Conosco Piero Bellini dal 1965, quando ho iniziato anch'io l'attività di magistrato della Corte dei conti e ho potuto constatare la profonda stima e il sincero affetto che i colleghi della Corte, a cominciare dal suo presidente Ferdinando Carbone, avevano nei suoi confronti; è iniziato da allora, in quella stanza degli uffici del massimario, al II piano dell'edificio di viale Mazzini dove ha sede il glorioso istituto della Corte dei conti, un lungo periodo di amicizia e di lavoro comune, sviluppatosi, per quasi trentacinque anni, attraverso la partecipazione a tante comuni iniziative, tutti e due impegnati nel seguire il dibattito che ha caratterizzato la storia della disciplina del diritto ecclesiastico in questo periodo. Ripensando alla fase iniziale di questa nostra amicizia non posso dimenticare gli incontri che con Piero Bellini avevo nella sua stanza alla Corte dei conti o le visite che insieme facevamo nella casa di Pio Fedele (collega amatissimo da Piero Bellini e da me). Mi apparve subito chiaro sin da allora che, per il severo rigore intellettuale e morale che tuttora costituisce un aspetto caratteristico del suo atteggiamento, Piero apparteneva a quella categoria di persone che hanno come regola di vita quella di rifiutare con intransigenza ogni compromesso.

Da quindici anni insegno nella sua stessa università e, per quanto questa affermazione possa ancora valere per università delle dimensioni della nostra "Sapienza", è noto che il particolare impegno didattico e scientifico di alcuni professori, la stima che essi suscitano tra i colleghi e l'amore che essi meritano da parte degli studenti (da sempre i migliori giudici dei loro professori, come ha giustamente ricordato di recente Mario Tedeschi)<sup>1</sup> assumono una risonanza che va ben al di là dei confini delle singole facoltà.

---

\* In *Rivista della Corte dei conti*, 1999, n. 2, pp. 138-50.

<sup>1</sup> M. TEDESCHI, *Introduzione* a P. BELLINI, *Saggi di diritto ecclesiastico italiano*, I, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1996, pp. V-IX, spec. p. IX.

Da quando lo conosco, il mio amico Piero Bellini ha sempre rappresentato per me un costante punto di riferimento: il riferimento dunque di una vita ed un esempio difficile da imitare per la difficoltà di esercitare con pari dedizione e con uguali capacità e disponibilità l'impegno professionale e la passione civile dimostrati nell'esercizio delle sue attività di studio, di ricerca e di insegnamento.

A me è assegnato il compito di ricordare il contributo di Piero Bellini in settori diversi rispetto a quello storico e a quello canonistico. Un compito certamente non facile, considerando che, come sanno i colleghi e gli amici che sono qui convenuti per festeggiarlo, i lavori scientifici di Piero Bellini coprono molti settori di ricerca e riguardano non soltanto il diritto canonico e la sua storia e il diritto ecclesiastico, ma vari interessi di teoria generale del diritto e di impegno culturale, con una così vasta produzione scientifica che è prova eloquente della sua duttile fecondità d'ingegno.

Dopo avere conseguito la laurea in questa facoltà nel 1948, relatore il prof. Tommaso Perassi, discutendo una tesi sul *Matrimonio religioso nel diritto internazionale privato*, Bellini dedica in un primo momento la sua attività di studioso ad argomenti del diritto internazionale privato e del diritto processuale civile internazionale, sui quali pubblica circa quindici saggi, che riguardano l'efficacia in Italia delle sentenze di annullamento di matrimoni concordatari, l'incompetenza internazionale del giudice straniero ad annullare la trascrizione civile del matrimonio religioso, i divorzi di italiani all'estero con riferimento al limite dell'ordine pubblico italiano e al principio della frode alla legge, la valutazione delle convenzioni consolari in tema di diritto matrimoniale. In questo primo periodo di studi assume particolare rilievo, nella sua esperienza di ricerca, l'attenzione dedicata ai conflitti in materia matrimoniale fra ordinamenti laicizzati e ordinamenti a ispirazione confessionale cattolica, argomento al quale è dedicato un importante saggio pubblicato sul *Diritto ecclesiastico* del 1956, che contiene spunti e riflessioni che ritorneranno in seguito in molti studi degli anni successivi.

Gli scritti più significativi di diritto ecclesiastico del primo decennio di studi dopo la laurea sono senz'altro quello del 1955 su *I patti lateranensi e la Costituzione della Repubblica italiana* e quello su *Poteri disciplinari della gerarchia ecclesiastica e diritto penale dello stato*, pubblicato nel 1958 con riferimento al famoso caso del rinvio a giudizio del vescovo di Prato.

Nel primo lavoro viene affrontato, in cinquanta pagine assai dense di contenuto, il problema più discusso dagli studiosi del diritto ecclesiastico nel primo decennio successivo all'entrata in vigore della carta costituzionale repubblicana. Allora Piero aveva ancora l'abitudine di citare in nota gli autori consultati, un'abitudine che poi riterrà di abbandonare negli anni successivi, e nel saggio vengono esaminate, con un'analisi assai approfondita, tutte le più importanti posizioni espresse dai cultori del diritto costituzionale, ecclesiastico e internazionale con riferimento al tema del rapporto tra norme dei patti lateranensi e disposizioni della carta costituzionale, problema meritevole di attenta considerazione non solo per l'interesse che ciascuna di esse presenta dal lato dottrinale, ma anche per la diversità delle conseguenze di ordine pratico che rispettivamente ne discendono. Bellini confuta il fondamento delle tesi dottrinali allora più accreditate a proposito dell'interpretazione del principio contenuto nell'art. 7 c. II della Costituzione, collega l'interpretazione di questa disposizione con quella proponibile a proposito dell'art. 8 della Costituzione, riguardante la disciplina dei rapporti tra lo stato e le confessioni religiose diverse dalla cattolica, una norma quest'ultima alla quale non veniva dedicata particolare importanza in quel primo periodo di interpretazione della carta costituzionale, ed afferma l'operatività nel nostro ordinamento del c.d. criterio o principio concordatario, da considerare come principio costituzionale, e da intendere non in senso rigido, nel senso cioè che ogni norma emanata dallo stato in materia ecclesiastica debba essere previamente concordata nel suo preciso contenuto, con le rappresentanze delle chiese interessate, ma in quello ben più elastico che debbasi provvedere alla regolamentazione della detta materia semplicemente sulla base di intese con le varie chiese, procedendo cioè d'accordo con le stesse sui tratti fondamentali della detta regolamentazione. Che le intese debbano formare il fondamento della legge interna non significa, osserva Bellini, che questa debba semplicemente limitarsi ad ordinare l'esecuzione di tutto il contenuto delle intese e di null'altro che tale contenuto, ma che si fissino di comune accordo con le chiese le linee generali della regolamentazione interna, rimanendo però libero lo stato di precisare unilateralmente il contenuto delle norme di esecuzione. Nel secondo studio, quello del 1958 a proposito del caso del vescovo di Prato, Bellini sottolinea l'esigenza di individuare un criterio di ragionevole temperamento

degli interessi della Chiesa con quelli dello Stato, giacché, se certo non può ammettersi che, in un regime concordato, l'interesse dello Stato alla repressione penale delle attività, da esso giudicate antisociali in base ai propri unilaterali criteri di giudizio, costituisca un limite insuperabile per l'azione dei ministri cattolici di culto, sembra del pari ragionevole affermare che l'interesse della Chiesa non possa dal canto suo condurre all'incondizionato sacrificio delle esigenze penali dello Stato.

In proposito Bellini ritiene, con l'affermazione di un principio che verrà costantemente ribadito in tutte le ricerche degli anni successivi, che, trattandosi di accertare il significato d'una norma dell'ordinamento giuridico statale, si deve ritenere che la chiesa cattolica è da considerare sovrana dallo stato nei settori in cui lo stato stesso non affermi al propria sovranità.

È del 1959 l'importante studio sulla produzione scientifica di Aldo Checchini e la dogmatica del diritto ecclesiastico italiano, con riferimento alla qualificazione della posizione del diritto dello stato verso quello della chiesa cattolica, un argomento questo sul quale Bellini ritornerà ancora negli anni novanta.

Un saggio di grande chiarezza riguardante le confessioni religiose è quello pubblicato nel 1962 come voce dell'VIII volume dell'*Enciclopedia del diritto*: in esso, con la brevità resa necessaria dalla natura di una voce enciclopedica, vengono sinteticamente indicati i temi collegati alla posizione delle confessioni religiose nel diritto dello stato, al particolare orientamento seguito dalla legislazione ecclesiastica in Italia e al significato delle disposizioni costituzionali riguardanti i gruppi religiosi; nella voce si afferma che la Costituzione del 1948 mostra di ribadire la laicità dell'ordinamento giuridico italiano, anche se, sono queste le sue parole, il presente clima politico incoraggia talune interpretazioni del vigente sistema legislativo piuttosto favorevoli alla religione ufficiale e svantaggiose per le altre.

Negli anni 1966-68, che corrispondono al periodo che precede la conclusione della carriera di magistrato amministrativo e l'inizio della nuova esperienza di professore di diritto ecclesiastico nelle facoltà giuridiche di Ferrara, e poi di Pisa, Bellini studia, in lavori di grande interesse, alcuni tra i temi più significativi della sua produzione scientifica: nel 1966, il problema della legittimità costituzionale del divorzio e la questione della tutela governativa del patrimonio

ecclesiastico in Italia, nel 1967, le garanzie costituzionali della indipendenza della Corte dei conti e dei suoi componenti e l'analisi sulle leggi ecclesiastiche separatiste e giurisdizionaliste dopo l'entrata in vigore dello statuto albertino, e nel 1968, la questione della legittimità costituzionale delle disposizioni di derivazione concordataria contrastanti con valori costituzionalmente garantiti.

Per ciascuna di queste tematiche il ricordo del contributo fornito da Piero Bellini all'approfondimento dei problemi considerati nei suoi lavori è per me strettamente collegato, e vi chiedo scusa se non riesco a resistere alla tentazione di parlare di lui rammentando anche mie esperienze personali, al ricordo di vicende che ci hanno accomunato: per il problema del divorzio non posso dimenticare la partecipazione che proprio in quegli anni io e Piero abbiamo avuto ad un gruppo di lavoro, presieduto dal caro prof. Giovanni Pugliese e composto anche dal prof. Lavagna e dall'avvocatessa Picciotto, per un progetto di riforma del diritto di famiglia poi sottoposto all'approvazione del Parlamento; per il tema della tutela governativa del patrimonio ecclesiastico, ricordo il comune impegno esercitato negli anni seguenti in un gruppo di lavoro che poi pubblicherà un fascicolo dell'associazione *Italia Nostra*; per la questione delle garanzie di indipendenza dei magistrati amministrativi, vorrei qui ricordare il giudizio sollevato davanti alla Corte costituzionale da me e da uno sparuto gruppo di ex colleghi della Corte dei conti, impegnati nel sostenere la tesi della incostituzionalità di alcune disposizioni sullo stato giuridico dei magistrati contabili, tesi che Piero Bellini tra i primi aveva posto all'attenzione degli studiosi di diritto costituzionale; il saggio sulle leggi ecclesiastiche nell'Ottocento è per me motivo per rammentare il convegno svoltosi a Firenze nel 1965 sul centenario delle leggi amministrative di unificazione, il primo convegno al quale abbia partecipato con una mia relazione e proprio su sollecitazione di Piero Bellini; per la questione della legittimità costituzionale delle disposizioni di derivazione concordataria, il mio ricordo va all'iniziativa assunta dal prof. Pietro Agostino d'Avack per la pubblicazione di un volume, contenente una raccolta di studi dei collaboratori delle cattedre romane di diritto ecclesiastico e canonico, alla quale anch'io ho partecipato, edito dalla *Cedam* nel 1968, a proposito della revisione del concordato, problema assai sentito nell'opinione pubblica di quegli anni, dopo

che nel 1965 era stata presentata dall'on. Lelio Basso la proposta di revisione concordataria<sup>2</sup>.

Erano tutti temi collegati all'urgenza di esaminare problemi concreti e fatti reali della vita quotidiana, così come essi venivano a porsi all'attenzione del giurista a seguito dello sviluppo della vita democratica in Italia e delle nuove tendenze di politica legislativa nel nostro Paese. Nel decennio che inizia nel 1970, il tema dei rapporti tra società civile e società religiosa si collega al problema del divorzio, e, più in generale, alla questione della riforma delle istituzioni civili ed ecclesiastiche in materia matrimoniale: le forze politiche affrontarono in quegli anni le nuove esigenze determinate, nell'ambito dei rapporti personali e familiari, dall'evoluzione che caratterizzava le trasformazioni della società italiana.

Molti importanti convegni di studio di quel periodo riguardano il tema del concordato. Tra i convegni dedicati all'approfondimento di tale argomento deve soprattutto essere ricordato quello svoltosi a Siena dal 30 novembre al 2 dicembre 1972, dopo che Lelio Basso, il 23 febbraio dello stesso anno, aveva presentato una proposta di legge costituzionale che prevedeva sostanziali modificazioni degli artt. 7, 8 e 19 della Costituzione. Del 1972 è la pubblicazione dei *Principi di diritto ecclesiastico*, un libro che per la sua chiarezza e lo stile conciso ed efficace, mi fece allora pensare al famoso "Torrentino", come veniva definito dagli studenti il volume di sintesi del diritto privato, scritto da Andrea Torrente per la stessa casa editrice che aveva pubblicato, nel 1947, le *Sinossi di diritto ecclesiastico* di Pio Fedele. Il volume si presenta di mole ridotta, essendo destinato ad uso degli studenti universitari e dei candidati ai concorsi pubblici della carriera direttiva, ma di grande interesse, sia perché rifiuta l'impostazione di un'esposizione meramente descrittiva del diritto ecclesiastico e dichiara apertamente che, nella materia del diritto ecclesiastico più che in altri settori dell'ordinamento dello Stato, si sono venute palesando le insufficienze del metodo dommatico rigorosamente inteso, sia perché

---

<sup>2</sup> A quel volume, e proprio per invito e sollecitazione di Piero Bellini, avevo collaborato anch'io, che in quei mesi lavoravo come segretario della commissione Gonella per la revisione del concordato: ero l'unico che nel gruppo di studio non avesse la qualifica di collaboratore alle cattedre romane di diritto ecclesiastico e canonico, considerando che, in quel periodo, lavoravo a Modena, come collaboratore del prof. Lorenzo Spinelli.

contiene un'appendice sulla «natura dei patti lateranensi» che assume notevole importanza per la valutazione di molti problemi centrali della disciplina del diritto ecclesiastico: in essa vengono criticate le comuni conclusioni dottrinarie favorevoli alla giuridicità dei concordati e degli impegni che ne discendono e viene sostenuta la tesi dei concordati in sé considerati quali accordi di natura essenzialmente politica, contratti dallo Stato con un ente estraneo al proprio ordinamento<sup>3</sup>.

Del 1975 è l'iniziativa della preparazione e pubblicazione del volume *Teoria e prassi delle libertà di religione*, una ricerca diretta e coordinata da Piero Bellini, che ha impegnato un gruppo di studiosi comprendente, oltre a Bellini, Giorgio Peyrot, Luciano Guerzoni, Pasquale Colella, Carlo Cardia, Paolo Picozza, Guido Fubini e me stesso: il nostro gruppo, constatato quanto spesso alle garanzie formali di libertà non corrispondeva un «sostanziale ed effettivo appagamento dell'appetitus libertatis dell'uomo contemporaneo»<sup>4</sup>, si proponeva di valutare le conseguenze derivanti dalla contraddizione fondamentale del diritto ecclesiastico italiano di quel periodo, consistente nel rapporto e nel conflitto – cito dalla premessa del volume – tra i valori presenti nella Carta costituzionale, che prefigurano una società «laica e pluralista» e la legislazione ecclesiastica ordinaria fortemente privilegiaria verso una determinata confessione religiosa e discriminante verso gruppi confessionali minoritari e altre ideologie areligiose o irreligiose (p. 16).

Nel volume pubblicato da *il Mulino* è contenuto il saggio di Piero Bellini «Libertà dell'uomo e fattore religioso nei sistemi ideologici contemporanei», nel quale emerge la tendenza ad abbandonare l'impostazione dogmatica degli anni iniziali e a privilegiare la valutazione delle nuove prospettive di studio del diritto ecclesiastico, favorevoli a tener conto degli sviluppi storici di tale disciplina<sup>5</sup> e ad indagare sul

---

<sup>3</sup> *Principi di diritto ecclesiastico*, Bresso, Cetim, 1972, p. 317-34, spec. p. 331.

<sup>4</sup> L'espressione è tratta dalla premessa al volume *Teoria e prassi delle libertà di religione*, Bologna, il Mulino, 1975, p. 18.

<sup>5</sup> L. DE LUCA, *Il concetto del diritto ecclesiastico nel suo sviluppo storico*, Padova, Cedam, 1946; A. RAVÀ, *Rilevanza dei presupposti storico-politici nella interpretazione della legislazione ecclesiastica*, Milano, Giuffrè, 1963; G. CAPUTO, *Il problema della qualificazione giuridica dello Stato in materia religiosa*, Milano, Giuffrè, 1967.

rapporto tra ideologia e dogmatica nello studio delle sue disposizioni<sup>6</sup>. Particolare rilievo assume nel saggio la rilevanza del concetto di libertà religiosa collegata all'idea di libertà come «facoltà personale di fare quelle cose che sono degne d'esser fatte» e concepita come facoltà di «autodeterminazione personale in ordine ai fatti dello spirito connessi a un superiore sentimento di doverosità»<sup>7</sup>. È un lavoro di grande interesse che merita di essere letto anche a distanza di venticinque anni dalla sua pubblicazione.

Del 1976 è il contributo all'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione italiana, intitolato «Diritti inviolabili dell'uomo e formazioni sociali religiose»: saggio nel quale viene criticata l'impostazione statocentrica seguita nell'interpretazione della disposizione costituzionale e viene invece sottolineata la necessità di considerare come bene assunto a specifico oggetto di presidio di tale norma la promozione personale di ciascuno dei consoci, di ciascuno di essi preso nella sua dimensione individuale: di entità umana irripetibile e infungibile; viene ribadita, in coerenza ai postulati separatistici intesi nell'accezione più corretta ed elevata, la piena estraneità degli interessi religiosi in quanto tali alla sfera della disponibilità giuridica (e politica) dello Stato e più generalmente dei pubblici apparati; e viene posta l'esigenza che, nell'interpretazione del sistema ecclesiastico italiano, vi sia un'accentuazione dell'impegno «politico» del giurista nella consapevolezza del peso determinante che, sull'accertamento dei contenuti di giuridicità delle singole norme positive e sull'edificazione generale del sistema, ha la formazione cultural-umana dell'interprete<sup>8</sup>.

Nel lavoro viene ribadita la convinzione, espressa in molti altri suoi scritti, che insiste sulla presenza di un limite oggettivo (impreteribile) alla propensione (e alla sua stessa capacità) dell'una o l'altra Chiesa di aprirsi verso il mondo. Ché – se le Confessioni religiose sono le prime ad atteggiarsi a strumenti d'elevazione personale – non possono peraltro corrispondere a un simile programma di promozione umana

---

<sup>6</sup> Cfr. AA.VV., *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, a cura di A. RAVÀ, Atti del II convegno nazionale di diritto ecclesiastico, Milano, Giuffrè, 1981.

<sup>7</sup> Il saggio è alle pp. 103-210 del volume *Teoria e prassi*, cit.

<sup>8</sup> *Diritti inviolabili dell'uomo e formazioni sociali religiose (contributo all'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione)*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 213-47 e in *Saggi*, 1, 181-207, spec. p. 205.

quale lo concepiscono, nella loro responsabile autodeterminazione, gli stessi soggetti interessati [secondo l'ordinaria immagine che delle «formazioni sociali» ci offre l'art. 2 della Costituzione]. Esse pretendono in effetti di agire sugli uomini, non per aiutarli a diventare quello che essi vorrebbero essere, ma per farli piuttosto diventare quello che essi invece debbono essere in ossequio a certi supremi valori trascendenti<sup>9</sup>.

Studi di grande interesse sono quelli in materia scolastica. Non soltanto la scuola, l'università, intese nel rapporto inscindibile di didattica e di ricerca, hanno sempre rappresentato la sede esclusiva del suo impegno quotidiano, ma la questione scolastica, nei suoi più diversi aspetti, è stato uno dei temi ai quali Piero Bellini ha dedicato lavori di grande interesse che sono a mio avviso tra gli studi più significativi al riguardo<sup>10</sup>. Con riferimento a questi problemi non posso se non condividere l'opinione espressa da Piero Bellini nel suo scritto pubblicato più di dieci anni fa, a proposito delle ipotesi di finanziamento a favore della scuola privata, quando osservava che un privilegiamento della scuola privata (dovuto a pubblici sussidi comunque idonei a secondarla) sarebbe proprio tale, di rimbalzo, da accrescere il degrado della scuola pubblica. A tutto detrimento – va da sé – di quelli che ne rimarrebbero i fruitori: i ceti popolari, e, a conclusione del suo scritto, dichiarava che l'impegno civile al quale volgere dev'essere invece tutto un altro. Quello di battersi al contrario – con tutte le energie – per preservarle, le pubbliche strutture, e rafforzarle: nell'interesse della generalità dei consociati. Così da

---

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 207.

<sup>10</sup> Cfr. in particolare *La religione nella scuola pubblica dal liberalismo al fascismo*, in *Città e regione*, 1977, pp. 119-32 e in P. BELLINI, *Saggi di diritto ecclesiastico italiano*, cit., II, 1996, pp. 491-506; *Istruzione privata e sovvenzionamenti pubblici*, in *il tetto*, 1985, pp. 458-77 [vedilo anche in AA.VV., *Stato e scuola oggi: l'opinione laica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1986 e in P. BELLINI, *Saggi*, cit., pp. 507-23]; *Considerazioni critiche sull'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche*, in *Giur. cost.*, 1987, pp. 188-214 [vedilo anche in *Rossoscuola (Scuola: il concordato della discordia)*, 1988, pp. 15-36 e in P. BELLINI, *Saggi*, cit., pp. 525-50; con riferimento a tale scritto si veda anche, con modifiche, *Note poco liete su un dibattito: l'ora di religione in Parlamento*, in *il tetto*, 1989, pp. 5-12]. Cfr. anche P. BELLINI, *Le leggi ecclesiastiche separatiste e giurisdizionaliste (1848-1867)*, in AA.VV., *La legislazione ecclesiastica*, Atti del congresso celebrativo delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, Neri Pozza, 1967, p. 145 ss.

portarle – finalmente – a livelli degni d’una nazione di antica civiltà<sup>11</sup>.

Per l’abrogazione del concordato lateranense del 1929, dopo l’entrata in vigore della carta costituzionale del 1948, egli si è impegnato, soprattutto nel 1975, come nessun altro; e con pochi altri egli ha sostenuto la battaglia culturale contro la revisione concordataria, nel lungo periodo compreso tra il 1965 e il 1984, quando è stato sottoscritto il patto di villa Madama del 18 febbraio di quell’anno.

Non si possono qui riprendere gli elementi di una discussione e di una polemica con riferimento ai quali molti tra coloro che sono qui presenti conoscono nei minimi particolari ogni aspetto del problema. Mi limito a ricordare che il suo giudizio negativo sull’istituto del «concordato ecclesiastico», come strumento ordinario di regolamentazione dei fatti di vita religiosa che rilevano ad un tempo (sotto profili differenti) per l’ordinamento dello Stato e per quello della Chiesa cattolica, viene indicato con le seguenti parole:

«Sono portato a questo atteggiamento di sfavore da due serie di motivi che si completano a vicenda. Vi sono spinto innanzi tutto dalla considerazione che – in un regime generale, com’è quello dello Stato moderno, nel quale il *jus commune* è garanzia di libertà per tutti – il sistema concordatario comporta l’acquisizione da parte della Chiesa, nell’ordine civile, d’un coacervo di benefici e privilegi che vanno ben oltre l’esigenza del compiuto esplicamento della missione religiosa. E dalla considerazione concorrente che tale trattamento di favore – data la natura (che tipicizza i concordati) di “incontri al vertice” fra opposti apparati di governo non va tanto a vantaggio della Chiesa presa nella sua dimensione corporativa (di “Popolo di Dio”: come oggi si suol dire), che è la realtà umana che fa corpo con la comunità civile nazionale e vive la sua vita nell’ambito di essa, quanto a vantaggio della Chiesa “prelatizia”, presa nella sua accezione più marcatamente istituzionalizzata, che è realtà a sé stante, aliena dal confondersi con le altre componenti comunitarie»<sup>12</sup>.

Un rapporto ed un contrasto, questo, tra la Chiesa cattolica come autonomo centro di potere e la Chiesa nella sua dimensione comuni-

---

<sup>11</sup> P. BELLINI, *Istruzione privata e sovvenzionamenti pubblici*, cit., p. 523.

<sup>12</sup> *Per l’abrogazione del regime concordatario in Italia*, in *il tetto*, 1975, pp. 142-54 e in *Dir. eccl.*, 1975, pp. 31-42.

taria e corporativa che torna frequentemente in molti dei suoi studi.

A proposito della laicità dello Stato, Bellini ritiene, come si legge nella relazione conclusiva al convegno di Urbino del 7-8 ottobre 1990, che lo Stato laico riconosca la esistenza di un limite oggettivo al proprio ordinamento: restringendosi [...] a prendere atto dei «confini esterni» della propria potestà d'imperio: quelli che ne delimitano la stessa «potenzialità giuridica». Al di là di questi limiti lo Stato «non ha» poteri giuridici di sorta: tali da legittimarlo a esprimere un giudizio autoritario qualsivoglia sulle credenze di religione, o a prendere partito sui rapporti che passano fra esse.

Lo Stato laico, consapevole di questa limitatezza che gli è intrinseca, non si astiene dall'interferire nella economia della spiritualità religiosa per un semplice calcolo di «opportunità civica e politica»: ad evitare che tale economia ne resti vulnerata [corrotta] nella sua sostanza. Esso non si «auto-limita» in termini diciamo così «costitutivi»: ma dà senz'altro per escluso un suo intervento, perché assume (in forza d'una proposizione di principio che per lo Stato laico è irrinunciabile, in quanto significatrice della sua stessa laicità) la piena «estraneità» degli «interessi religiosi in quanto tali» alla sfera della propria «disponibilità giuridica e politica».

Spesso la polemica è intesa a criticare le scelte legislative determinate da motivi di mera utilità politica e in proposito è affermata con forza la convinzione della inevitabile opposizione capace, nella concreta realtà sociale, di contrastare ogni forma di compromesso fondata su tali motivi: ho parlato di convinzione, ma si tratta piuttosto della speranza di chi, nonostante tutto, continua a riporre fiducia nella ribellione delle coscienze individuali e crede fermamente nel diritto di resistenza contro l'ingiustizia delle soluzioni legislative. In uno dei tanti lavori nei quali è contenuta la sua critica nei confronti della revisione concordataria, il saggio pubblicato nel 1971 sul *Tetto* (una delle sue riviste predilette, insieme alle *Ephemerides juris canonici* di Pio Fedele), Bellini dichiara: «io non penso che possa essere accettata dalla coscienza di un cattolico (di un cattolico che creda davvero nei sommi valori religiosi) alcuna soluzione normativa che, nel nome dell'arte del possibile, applicata con ogni sagace accorgimento, debba comportare una qualche compressione e compromissione dei beni dello spirito, in cambio dell'ottenimento, da parte delle persone e delle istituzioni ecclesiastiche, d'una massa anche cospicua di benefici temporali. Né

penso che possa essere accettata dalla coscienza d'un cittadino (che creda nei supremi valori civici: di libertà, di uguaglianza; di sovranità e laicità dello Stato; di imparzialità dei pubblici apparati) una soluzione normativa comportante una limitazione dei valori stessi, non giustificata dalla inculcabile esigenza di rispetto della interiorità etico-religiosa dei membri della *civitas*, ma dovuta a motivi di mera utilità politica».

Molte delle posizioni dottrinali sostenute da Bellini nei suoi lavori sono state oggetto di valutazione negli ambienti scientifici in occasione di incontri di studio organizzati nelle università e in altre sedi. Assai numerosi sono i convegni ai quali abbiamo insieme preso parte, molto spesso seduti l'uno vicino all'altro: Piero ha l'abitudine di ascoltare con attenzione le relazioni dei colleghi che di volta in volta sono stati incaricati di approfondire i vari problemi, prende qualche rapida annotazione con una matita quasi sempre appuntita come uno spillo e poi immancabilmente alza la mano per intervenire al dibattito. *L'incipit* dell'intervento è spesso così formulato: «Cercherò d'essere breve, per quanto me lo può permettere il dissenso piuttosto marcato che devo esprimere nei confronti delle conclusioni a cui sono giunti gli illustri Relatori». Con queste parole, per esempio, ha inizio l'intervento alla tavola rotonda di Macerata del 12 e 13 ottobre 1971 sulla *Lex fundamentalis ecclesiae*.

Si tratta sempre, comunque, di interventi nei quali egli, dotato di non comuni capacità di oratore, espone con eleganza ed efficacia e con grande chiarezza le questioni di fondo che costituiscono oggetto di attenzione: sono interventi, talora assai polemici, espressi con un'intensa passione, che definirei un'autentica «rabbia culturale», con un accostamento di due espressioni, la rabbia appunto e la cultura, che a me pare in questo caso giustificato. Nelle raccolte di studi non vengono normalmente pubblicati gli interventi orali svolti nei convegni: e tuttavia ho voluto qui ricordarli, in quanto a me sembra che in tali occasioni Bellini dimostri i tratti più significativi della sua formazione culturale e della sua intransigenza morale ed abbia il merito di cogliere, con lucidità ed intelligenza, aspetti e collegamenti che spesso sfuggono ad altri.

Con una scelta, certo personale e naturalmente discutibile, che conta sulla memoria di episodi rispetto ai quali assai lungo è il tempo trascorso da quando essi si sono verificati, voglio qui ricordare, tra i numerosi incontri, dibattiti, tavole rotonde, ai quali ho con lui partecipato, il già menzionato convegno di Siena del novembre-dicembre

1972, il dibattito con Gabrio Lombardi tenutosi a Roma poco prima del *referendum* sul divorzio del maggio 1974, i convegni organizzati nel 1977 per esaminare il problema del concordato [nelle università di Bologna (3-5 febbraio 1977) e di Camerino (25-26 febbraio), alla cattolica di Milano (4-6 aprile), nell'università di Perugia (19 aprile), all'Istituto di cultura «casa Cini» di Ferrara (10-11 maggio)], e, poi negli anni successivi, a Roma (7 e 8 gennaio 1978), a Capo Taormina (27-28 ottobre 1981), sul rapporto tra storia e dogmatica nel quadro generale della scienza del diritto ecclesiastico<sup>13</sup>, a Perugia (20-21 ottobre 1983). A tutti questi convegni, e a molti altri che non possono essere qui ricordati, Piero Bellini ha partecipato fornendo un alto contributo di intelligenza, cultura e passione civile e distinguendosi per la finezza e l'approfondimento che caratterizzano ogni sua ricerca.

Molti di quegli interventi sono stati poi pubblicati negli atti dei convegni e una loro lettura può essere utile non soltanto per valutare le posizioni personali di Piero Bellini, ma anche per considerare e approfondire i più importanti problemi del diritto ecclesiastico degli ultimi cinquant'anni.

Di grande efficacia l'intervento svolto a Bologna, nel ricordato convegno del febbraio 1977, a proposito dei due concetti di «pace religiosa» e di «libertà religiosa»: con riferimento alla nozione di «pace religiosa», alla quale era stata dedicata una brillante relazione di Giuseppe Alberigo, Piero si domandava:

«Ora, cos'è la pace religiosa? Io penso che noi tutti – cittadini d'una stessa *civitas* – si debba resistere alla tentazione di considerare la pace religiosa come languore o torpore religioso: come “stagnazione delle coscienze”. Quando viceversa la pace religiosa è “rispetto reciproco” fra gli uomini: fra uomini che non sono portatori d'una stessa fede o d'uno stesso patrimonio di valori (o di convincimenti di doverosità che restan chiusi nella intimità del loro spirito) ma di fedi e di valori diversi, anche antitetici, che tendono a proiettarsi all'esterno, per tradursi operativamente nelle cose; di diversi sentimenti che s'incontrano e si confrontano civilmente; che talvolta possono arrivare a scontrarsi civilmente, sempre nel reciproco rispetto. È inconcepibile – nell'esa-

---

<sup>13</sup> Cfr. l'accurato resoconto che ne ha fatto G.B. VARNIER, *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico in un recente incontro di studio*, in *Dir. eccl.*, 1982, I, pp. 123-32.

sperato dinamismo d'un mondo come il nostro – seguire a concepire la pace religiosa come “asetticità religiosa”, come mancanza di cimento, assenza di rischio, stasi ristagnante: come “quiete dei fedeli”. Lasciamo la *quies fidelium* al mondo medievale: alle limitazioni e alle paure del mondo medievale. Com'è pensabile d'altronde che coloro che credono realmente possano starsene paghi d'una grigia quiete? quando questa quiete contraddice alla drammaticità stessa del fatto religioso: d'un fatto religioso che operi come alimento delle coscienze, come arricchimento delle coscienze giorno dopo giorno»<sup>14</sup>.

Come spesso avviene quando si volge lo sguardo al passato, ricordare l'attività di studio e di ricerca di un amico è un'occasione preziosa per ricordare sensazioni ed umori, ambienti e persone di tempi lontani e vicini: è un'occasione, in questa circostanza, per rammentare la significativa presenza di maestri e colleghi come Arturo Carlo Jemolo, Pietro Agostino d'Avack, Lelio Basso<sup>15</sup>, Ermanno Graziani, Pedro Lombardia, Costantino Mortati, Peppino Caputo, Giovanni Pugliese, Gino Gorla, Tito Martines, persone purtroppo scomparse, con opinioni, orientamenti e atteggiamenti assai diversi tra loro, che, in diversa misura e per differenti motivi, insieme a tanti altri che qui non ricordo, hanno avuto importanza nelle nostre esperienze di vita.

Dall'esame, necessariamente sintetico, che ho qui svolto con riferimento agli studi di Piero Bellini diversi rispetto a quelli del diritto canonico e della sua storia, risulta con evidenza l'ampiezza degli interessi di una ricerca che ha riguardato via via nel tempo il diritto internazionale privato e il diritto processuale civile internazionale, il diritto costituzionale e la teoria generale del diritto e, per quanto attiene al diritto ecclesiastico, ha dedicato particolare attenzione alla questione concordataria in Italia, ai temi riguardanti le libertà individuali e collettive di religione e i principi del pluralismo ideologico

---

<sup>14</sup> L'intervento è pubblicato in *La revisione del Concordato alla prova*, Atti del convegno nazionale sulla revisione del Concordato (Bologna, 3-5 febbraio 1977), Bologna, il Mulino, 1977, pp. 262-7, spec. p. 262 s.

<sup>15</sup> Come ha scritto Giuseppe Alberigo nell'introduzione al volume di LELIO BASSO, *Scritti sul cristianesimo*, Casale Monferrato, Marietti, 1983, p. VII, «l'attenzione religiosa è stato un elemento costitutivo, sebbene non prevalente né, tanto meno, dominante della personalità e della vita di Lelio Basso. Non hobby né semplice curiosità intellettuale, ma impegno vigoroso e mai dimesso».

e istituzionale in materia religiosa, al contributo metodologico di grandi studiosi della disciplina come Aldo Checchini e Arturo Carlo Jemolo, al principio di laicità delle istituzioni civili, alla scuola, con specifico riferimento al rapporto tra scuola pubblica e scuola privata e all'insegnamento della religione cattolica nella scuola statale, ai beni culturali, al matrimonio, al divorzio e al diritto di famiglia, alla posizione delle confessioni religiose diverse dalla cattolica.

Le conclusioni di Piero Bellini a proposito di alcune tendenze della politica ecclesiastica nell'Italia democratica sono spesso assai negative, e tuttavia sbaglierebbe chi pensasse che il suo atteggiamento dominante sia quello di un pessimista, giacché sempre prevale nelle sue valutazioni un sentimento di fiducia verso il futuro.

Ed infatti l'impegno, che viene quasi sempre ribadito, è quello di continuare a battersi perché maturino nel Paese nuove condizioni ideologiche e culturali, tali da comportare una diversa distribuzione delle forze e un diverso orientamento delle energie politiche<sup>16</sup>.

E ritorna frequente nei suoi lavori l'appello nei confronti di quelli fra di noi che credono nella insindacabilità della coscienza; e vedono nel franco confronto costruttivo delle opinioni e delle fedi un fertile fattore di avanzamento del vivere civile<sup>17</sup>.

Sono convinto che, nell'esercizio di questo impegno civile, la presenza di un uomo come Piero Bellini rappresenterà anche in futuro una importante garanzia per potere insieme perseguire gli obiettivi per la cui realizzazione egli ha fornito in questi anni un insostituibile e prezioso contributo: un impegno e un contributo per i quali, concludendo, voglio qui esprimergli pubblicamente la mia gratitudine e il mio augurio.

Grazie, caro Piero, è stato bello lavorare al tuo fianco e potere contare, in ogni momento, sulla tua disponibilità ed amicizia. E auguri di buon lavoro; c'è ancora tanto lavoro da fare e c'è ancora bisogno di te: abbiamo tutti bisogno, io credo, del tuo contributo di cultura e di intelligenza, della tua presenza di giurista acuto e sensibile e di persona "di classe" ma, soprattutto, della tua passione e della tua incrollabile fiducia nei valori della coscienza individuale.

---

<sup>16</sup> *Osservazioni critiche sulla prevista revisione del regime concordatario, in il tetto*, 1971, pp. 248-58, ripubblicato in *Saggi*, cit., II, pp. 433-44, spec. p. 444.

<sup>17</sup> *Saggi*, cit., II, p. 652.

## *L'indipendenza del giudice\**

SOMMARIO: 1. Le ragioni che giustificano la scelta dell'argomento della relazione: «L'indipendenza del giudice». - 2. L'indipendenza del giudice, carattere essenziale per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali negli stati democratici. - 3. La prospettiva storica nel diritto italiano. - 4. Il dibattito all'assemblea costituente e le disposizioni della carta costituzionale. - 5. Peculiarità del ruolo del Pubblico ministero: il problema della sua indipendenza. - 6. L'indipendenza dei giudici amministrativi. - 7. Alfonso Ferrucci: l'insegnamento e l'esempio di una vita professionale ispirata al principio della indipendenza.

### 1. *Le ragioni che giustificano la scelta dell'argomento della relazione: «L'indipendenza del giudice»*

Quando con gli amici Girolamo Caianiello e Franco Rapisarda abbiamo pensato di organizzare questa giornata per ricordare il presidente Alfonso Ferrucci ed abbiamo concordato i temi sui quali sarebbe stato opportuno richiamare l'attenzione, ho chiesto di potere svolgere alcune considerazioni su un argomento che era molto caro al mio amico Alfonso: *L'indipendenza del giudice*.

Ricordavo bene infatti quante volte su questo argomento, come magistrati della corte dei conti e componenti di una associazione di magistrati all'interno della corte stessa, avevamo avuto occasione di riflettere insieme, soprattutto tra la fine degli anni 60 e i primi anni del 70; e per la verità non ci eravamo limitati a riflettere e a discutere, in quanto, insieme ad altri colleghi, avevamo anche ritenuto di assumere un'iniziativa intesa ad accentuare il livello di garanzia della indipendenza dei magistrati contabili<sup>1</sup>, promuovendo un giudizio di legittimità

---

\* In *Atti dell'incontro di studio in ricordo di Alfonso Ferrucci* (Palermo, 19 settembre 1998), *Quaderni della Rivista della Corte dei conti*, 1999, 1, pp. 49-63 e in *Scritti in onore di Sebastiano Cassarino*, 2, Padova, Cedam, 2001, pp. 890 ss.

<sup>1</sup> Su questa problematica mi piace qui citare lo scritto di A. FERRUCCI, *Magistrati in cerca di un giudice*, in *Giur. it.*, 125 (1973), IV, cc. 104 ss.

costituzionale che si concluse con l'emanazione della sentenza della corte costituzionale n. 74 del 1978, emessa quando avevo lasciato la corte dei conti per assumere le funzioni di professore universitario.

## *2. L'indipendenza del giudice, carattere essenziale per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali negli stati democratici*

È noto che in tutti gli stati che si possono definire democratici l'esercizio delle funzioni giurisdizionali assume una grande importanza per il sistema di garanzie previste nei confronti dei cittadini: proprio l'esigenza di prevedere una più ampia tutela dei diritti dei cittadini giustifica il rilievo che assume in ogni costituzione democratica la parte riguardante il tema della giustizia.

Per lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali è necessario che tali funzioni siano esercitate da soggetti indipendenti, poiché l'indipendenza del giudice rappresenta la condizione preliminare e imprescindibile per una giustizia attendibile ed esercitata con prestigio e credibilità. L'indipendenza dunque non è semplicemente un requisito, ma rappresenta l'elemento caratterizzante, il connotato essenziale dell'essere giudice.

«Che la magistratura sia sottratta alla dipendenza e all'influenza del governo è un'esigenza e una conquista della democrazia» disse all'assemblea costituente il presidente della commissione dei 75, on. Meuccio Ruini<sup>2</sup>.

E ancora di recente il prof. Giovanni Verde, pochi minuti dopo la sua elezione a vice presidente del rinnovato Consiglio superiore della magistratura, ha parlato a lungo della indipendenza e dell'autonomia del giudice, dichiarando tra l'altro: «Indipendenza e autonomia sono cose preziose che vanno conservate in uno scrigno e per le quali conviene battersi. Perché solo con indipendenza e autonomia si garantisce la giustizia. Sono valori espressi nella Costituzione che debbono entrare nelle nostre menti e nei cuori. Sono parole-simbolo che vanno riempite di contenuti. E i contenuti ce li indica la Costituzione stessa, all'art. 101, quando dice che il giudice è soggetto soltanto alla legge».

---

<sup>2</sup> Atti ass. cost., p. 2457.

Anche se, storicamente, il principio della indipendenza dei giudici aveva già trovato pratica affermazione in Inghilterra, l'idea dell'attribuzione della funzione giurisdizionale a un complesso di organi indipendente e separato da quelli titolari delle altre funzioni fondamentali si ritrova, com'è noto, in Montesquieu, il quale, nel libro XI, VI de *Lo spirito delle leggi*, dichiarava: «[...] non vi è libertà neppure quando il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo: il potere sulla vita e sulla libertà dei cittadini sarebbe arbitrario; poiché il giudice sarebbe il legislatore. Se fosse unito al potere esecutivo, il giudice potrebbe avere la forza di un oppressore».

L'indipendenza è un concetto complesso con il quale si indicano, sia in relazione ai singoli giudici, sia in relazione all'organo cui questi appartengono, una serie di condizioni tali da permettere al giudice, nello svolgimento delle sue funzioni, di uniformarsi solo alla legge e di formulare perciò un giudizio imparziale e terzo rispetto agli interessi in gioco.

Per quanto in particolare riguarda i singoli giudici, parlando di indipendenza vengono in considerazione il sistema di accesso e di reclutamento, la carriera, lo *status* economico, la ripartizione delle funzioni, la possibilità di rimozione; per quanto riguarda invece l'istituto nel suo complesso vengono in considerazione soprattutto i possibili collegamenti con i vari centri del potere politico e amministrativo: Parlamento, Governo, forze economiche, partiti politici, sindacati, movimenti vari.

Ma i *vulnera* alla indipendenza del giudice possono venire anche dagli organismi di autogoverno della magistratura; dagli stessi organi in cui il giudice presta la sua attività, specie se complessi e ordinati secondo criteri gerarchici, ed inoltre da «tutti i meccanismi socio-giuridici riduttivi della sua libertà di decisione, come lo spirito di corpo, la giurisprudenza consolidata ecc. Assicurare la indipendenza del giudice è quindi cosa molto complicata, se lo si vuole liberare da tutte le dipendenze e non rischiare di sottrarlo ad una soggezione per addossargliene una ancora più gravosa»<sup>3</sup>.

È importante comunque ricordare che, operando il giudice in stretto collegamento con la società in cui vive, e non essendo, come

---

<sup>3</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, IV ed., Bologna, il Mulino, 1997, p. 272.

giustamente ricordava Mario Nigro, «l'ordinamento giuridico il regno immobile della giustizia», l'indipendenza si presenta nella pratica solo come un modello ideale per la realtà giuridica, mentre le norme effettivamente poste a garanzia dell'autonomia dei giudici discendono direttamente dall'ambiente giuridico-politico che di volta in volta le produce e del quale riproducono caratteristiche e valori<sup>4</sup>.

L'indipendenza non è quindi un concetto immutabile, ma è invece un concetto storico e quindi relativo: essa infatti muta nel tempo, assumendo valenze e contenuti diversi a seconda del contesto storico-politico e dei principi cui l'ordinamento si ispira.

### 3. *La prospettiva storica nel diritto italiano*

È noto d'altronde a chiunque abbia occasione di svolgere compiti di ricerca che, quando si vuole comprendere qualcosa, conviene sempre ricostruirne la storia.

Se si vuole svolgere una sintetica valutazione storica del problema della indipendenza del giudice, iniziando dalla considerazione del diritto italiano dell'Italia liberale<sup>5</sup>, occorre ricordare che lo statuto albertino del 1848 apriva la sezione dedicata all'«ordine giudiziario» con l'affermazione che «la giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo nome dai giudici ch'egli istituisce» (art. 68).

Tipica espressione della cultura illuministica appariva poi l'art. 73 dello statuto, che disponeva che «L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo».

In un sistema nel quale il potere legislativo spettava al Re e alle Camere, lo statuto riservava al potere legislativo l'interpretazione autentica del diritto, mediante un precetto la cui portata consisteva essenzialmente nell'escludere il riconoscimento di qualunque forma di diritto «giurisprudenziale». Se si confronta questo testo con l'art. 16 del titolo preliminare al codice civile sardo del 1837, che

---

<sup>4</sup> M. NIGRO, *op. ult. cit.*

<sup>5</sup> Cfr. il bel libro di M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, Giuffrè, 1966; P. MAROVELLI, *L'indipendenza e la magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano, Giuffrè, 1967.

riservava tale funzione al «Sovrano», si può ritenere che un passo importante risultava certamente compiuto, ma tale passo non era nella prospettiva di ottenere una migliore definizione del ruolo del giudice, bensì rispondeva all'esigenza di affermare il ruolo centrale della camera elettiva nel processo di formazione e modificazione del diritto «legislativo»<sup>6</sup>.

Assai limitate erano poi le garanzie stabilite a favore della posizione dei magistrati. L'art. 69 dello statuto stabiliva sì che «I giudici nominati dal Re, ad eccezione di quelli di mandamento, sono inamovibili dopo tre anni di esercizio».

Ma per i giudici che già erano in servizio si discuteva se i tre anni decorressero dal momento dell'entrata in vigore dello statuto, «termine che avrebbe consentito al governo di disfarsi dei giudici sgraditi prima che scattasse la data a partire dalla quale si acquistava la garanzia dell'inamovibilità»<sup>7</sup>, o dal momento dell'ingresso in magistratura; ed inoltre, l'unica ragione del triennio di prova stava proprio nella possibilità di fare un «esperimento» della fede politica dei magistrati. Tale concetto era stato espresso con chiarezza da Cavour, in un discorso alla camera del 13 maggio 1848.

«Il Ministero – dichiarò allora Cavour – reputa che la magistratura subalpina, considerata nel suo complesso, sia una delle sue glorie nazionali [...] Ma [...] esso per organo del signor Guardasigilli ha pure affermato che in mezzo a questo corpo illustre vi sono certamente alcune eccezioni che il Governo ha ferma intenzione di sceverare dal corpo medesimo».

Vi fu successivamente un decreto di epurazione, firmato il 17 marzo 1851 non dal Ministro della giustizia, Giuseppe Siccardi, che preferì

---

<sup>6</sup> Cfr. sul punto A. PIZZORUSSO, *Le garanzie giurisdizionali: il problema dell'indipendenza del giudice*, Relazione al Convegno promosso dalla Accademia Nazionale dei Lincei e dalla Corte costituzionale, in collaborazione con l'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (Roma, 19 dicembre 1997), in corso di pubblicazione negli atti del convegno; nota l'A. che, in pratica, il ruolo delle Camere come potere legislativo fu spesso svuotato dal riconoscimento di un ruolo amplissimo all'attività normativa del Governo, specialmente attraverso la pratica delle delegazioni legislative ed in virtù del riconoscimento della decretazione d'urgenza con valore di legge.

<sup>7</sup> L. VIOLANTE, *I cittadini, la legge e il giudice*, in *Storia d'Italia*, Annali 14, *Legge, diritto, giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, pp. XVII-LXXIII, spec. p. XXIII.

dimettersi, ma dal Ministro dell'interno, Filippo Galvagno, guardasigilli *ad interim*. Alla fine gli epurati furono soltanto sette, su circa 1250 magistrati; in seguito, tra il 1853 e il 1870, vi furono altri due episodi di epurazione, con interventi che dimostravano chiaramente quanto avvertita fosse allora l'esigenza di garantire la fedeltà politica dei magistrati al Governo e al Parlamento.

Più tardi Giovanni Giolitti sintetizzerà con chiarezza, in un celebre discorso del 1897, i caratteri del rapporto tra Governo e magistratura in quegli anni.

«Al Governo – dichiarò in quella circostanza Giolitti – restano i seguenti poteri sulla magistratura. Dei pretori dispone liberamente senza alcuna garanzia. I magistrati sono tutti nominati dal Governo; le promozioni loro dipendono per intero dal beneplacito del Governo; il Governo può negar loro qualsiasi trasferimento; è il Governo che determina le funzioni a cui ciascun magistrato deve essere addetto, e che ogni anno designa i magistrati che devono giudicare le cause civili e le penali, e li riparte tra le varie sezioni delle corti e dei tribunali, è il Governo che compone a piacer suo le sezioni di accusa presso le corti di appello e sceglie i giudici che devono presso i tribunali adempiere le funzioni di giudici istruttori, nel qual modo ha in mano sua l'istruzione nei processi penali e così l'onore e la libertà dei cittadini; infine il Ministro guardasigilli ha diritto di chiamare a sé e di ammonire qualunque membro di corte o di tribunale [...]».

«Se la carriera dei magistrati – concludeva Giolitti – fosse sottratta all'azione del Governo per farla dipendere dalle deliberazioni dei collegi giudiziari, sarebbe tolto qualsiasi sospetto di illegittima ingerenza governativa o parlamentare, di pressioni che si esercitano dall'alto o dal basso e la magistratura acquisterebbe l'autorità che è indispensabile all'esercizio della sua altissima missione»<sup>8</sup>.

L'intento delle parole pronunciate nel discorso era evidentemente di denuncia di una situazione criticabile; ma lo stesso Giolitti, giunto al Governo, si avvarrà senza esitazione degli stessi poteri che aveva in precedenza criticato.

---

<sup>8</sup> G. GIOLITTI, *Discorso agli elettori di Caraglio* (1987), in *Ib.*, *Discorsi parlamentari*, Torino, Einaudi, 1952, p. 195, cit. da G. NEPPI MODONA, *La magistratura ed il fascismo*, in *Pol. dir.*, 3 (1972), p. 568.

Molto numerose ed assai pregevoli sono, com'è noto, gli studi sui rapporti tra magistratura e politica durante il fascismo<sup>9</sup>. I mezzi di controllo della magistratura da parte del Governo durante il periodo fascista erano sostanzialmente cinque, e, sia pure in un diverso contesto politico, corrispondevano a quelli che avevano caratterizzato lo stato dei rapporti tra magistratura e politica durante il periodo liberale:

- a) dipendenza del Pubblico ministero dal Governo;
- b) potere d'iniziativa disciplinare del Pubblico ministero nei confronti dei giudici, i quali, invece, non potevano «esercitare censura sugli ufficiali del Pubblico ministero»;
- c) potere del Ministro della giustizia di orientare l'intervento dei Pubblici ministeri e dei giudici, mediante circolari;
- d) controllo, diretto ed indiretto, sulle carriere dei magistrati;
- e) potere di trasferire i magistrati da una sede all'altra.

A tali forme di controllo corrispondevano poi i mezzi di difesa del potere politico da parte della magistratura, che erano in sostanza quattro: a) le epurazioni; b) l'immunità parlamentare; c) l'autorizzazione amministrativa a procedere; d) il controllo della polizia giudiziaria.

Per evidenti motivi di tempo, non è questa la sede per soffermarsi sugli aspetti più significativi dell'interpretazione e della concreta attuazione di questi istituti, che comportavano una forte dipendenza dei magistrati da parte del potere politico<sup>10</sup>. Mi limito a ricordare l'importanza che, a proposito del tema qui considerato, ebbe l'istituzione, nel 1926, del tribunale speciale per la difesa dello stato, competente a giudicare tutti i delitti c.d. politici, con la sottrazione di competenze a procure e preture.

Nella primavera del 1945, al tempo della Liberazione, la magistratura era retta dall'Ordinamento giudiziario del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, che era improntato ai due rigorosi criteri del rifiuto dell'auto-

---

<sup>9</sup> Cfr. tra gli altri, anche per la bibliografia sul tema, G. MARANINI, *Storia del potere in Italia. 1843-1967*, Firenze, Vallecchi, 1967; G. NEPPI MODONA, *La magistratura dalla Liberazione agli anni cinquanta. Il difficile cammino verso l'indipendenza*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, 3: *L'Italia nella crisi mondiale. L'ultimo ventennio*, t. II: *Istituzioni, politiche, culture*, Torino, Einaudi, 1997, pp. 83-137, spec. pp. 84-85.

<sup>10</sup> V. sul punto l'accurata ed interessante esposizione contenuta nel citato saggio di Luciano Violante.

governo<sup>11</sup> e della previsione di una intensa strutturazione gerarchica e piramidale della magistratura<sup>12</sup>.

Come aveva dichiarato espressamente il guardasigilli Grassi, nella relazione illustrativa del decreto, «nel regolare lo stato giuridico dei magistrati ho naturalmente respinto il principio del così detto autogoverno della magistratura, incompatibile con il concetto di Stato fascista» essendo «inammissibile che nello Stato esistano organi indipendenti dallo Stato medesimo, o autarchie, o caste sottratte al potere sovrano unitario, supremo regolatore di ogni pubblica funzione».

Non era neppure necessario, osservava Grassi, che la giurisdizione costituisse «un potere autonomo nello Stato, dovendo anch'essa informare la sua attività alle direttive generali segnate dal governo per l'esercizio di ogni altra pubblica funzione»<sup>13</sup>.

Si comprende come la stessa esistenza di una organizzazione gerarchica degli uffici giudiziari fosse di per sé sufficiente ad ottenere che l'affidamento delle posizioni di vertice a magistrati fidati garantisse che tutta la macchina giudiziaria potesse essere mantenuta sostanzialmente sotto controllo<sup>14</sup>.

I due criteri fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giudiziario del 1941 – il rifiuto dell'autogoverno e la strutturazione gerarchica e piramidale della magistratura – sono poi venuti meno, per la prevalenza che su di essi hanno assunto i principi della costituzione repubblicana e le nuove tendenze emerse nella magistratura e nella società, che costituiscono aspetti dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura, rispettivamente sotto il profilo della indipendenza esterna e sotto quello della indipendenza interna.

Lo stretto collegamento esistente fra questi due aspetti dell'in-

---

<sup>11</sup> È qui da ricordare che la nozione di autogoverno risale a L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, Torino, 1885, rist. Napoli, 1992; ID., *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, III ed., Firenze, 1906, pp. 11-12. Cfr. anche P. CALAMANDREI, *Governo e Magistratura*. Prolusione all'anno accademico 1921-22 dell'Università degli Studi di Siena, in ID., *Opere giuridiche*, II, Napoli, Morano, 1966, pp. 195-6.

<sup>12</sup> V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, in *Storia d'Italia*, Annali 4, cit., pp. 711-90, spec. p. 712.

<sup>13</sup> *Relazione Grandi*, in *Leggi e Decreti*, 1941, n. 12, pp. 40, 45-6.

<sup>14</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *Le garanzie giurisdizionali...*, cit. p. 6 (datt.).

dependenza del giudice appare evidente se si considera che, poiché le minacce alla indipendenza del giudice, dei giudici di ogni ordine e grado, possono provenire non soltanto da influenze di organi del potere esecutivo o di altri poteri esterni alla magistratura, ma anche (e direi soprattutto) dalle ingerenze di altri magistrati dell'organizzazione giudiziaria, la rivendicazione delle garanzie necessarie per assicurare l'indipendenza «esterna» del giudice deve essere necessariamente integrata con la rivendicazione delle garanzie necessarie per assicurare anche la sua indipendenza «interna», ossia l'indipendenza di ciascun magistrato nei confronti dei suoi colleghi<sup>15</sup>.

Con l'avvento della Repubblica, e poi con l'approvazione della Carta costituzionale del 1948, iniziò la graduale affermazione del principio di indipendenza dei giudici anche nel nostro Paese.

Va ricordata innanzi tutto l'importanza che, ancora prima dell'approvazione della Costituzione, assunse il c.d. decreto Togliatti del 1946 (r.d.l. n. 511) sulle guarentigie della magistratura. Per la prima volta nella storia italiana fu stabilita, con tale provvedimento, l'indipendenza del Pubblico ministero nei confronti del Ministro di grazia e giustizia, al quale veniva attribuita non più una funzione di direzione bensì di vigilanza nei confronti delle procure della repubblica; il decreto assicurava anche l'inamovibilità di tutti i magistrati; stabiliva l'elettività dei consigli giudiziari; riduceva i poteri del Ministro sulla carriera dei magistrati. I poteri prima assegnati al Ministro vennero assegnati all'alta magistratura, che, nei primi anni dopo la Liberazione, venne così ad esercitare una notevolissima influenza su tutto l'ordine giudiziario.

Ma fu soltanto a partire dalla prima metà degli anni cinquanta, con il congresso di Napoli e, dieci anni dopo, nel 1965, con il congresso di Gardone, che i magistrati italiani intravidero quella che Luciano Violante ha recentemente definito «la via d'uscita da una condizione di umiliante minorità istituzionale».

Cominciò da quegli anni – ha osservato Violante – «una lunga battaglia rivendicativa nei confronti del potere politico per acquisire più indipendenza, non sempre disgiunta da un fortissimo corporativismo, e maggiore possibilità di garantire diritti e legalità, che sarà

---

<sup>15</sup> Cfr. sul punto le giuste osservazioni di A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*

uno dei motivi guida della storia delle istituzioni repubblicane»<sup>16</sup>.

#### 4. *Il dibattito all'assemblea costituente e le disposizioni della carta costituzionale*

Se si considerano i risultati del lungo e complesso dibattito svoltosi all'assemblea costituente con riferimento al tema della posizione e delle garanzie dei giudici nell'ordinamento dell'Italia democratica<sup>17</sup>, può dirsi che i costituenti riuscirono ad ottenere il difficile risultato di stabilire non solo i pilastri della indipendenza «esterna» dei giudici, mediante l'affermazione del principio che i giudici sono soggetti «soltanto» alla legge (art. 101, c. II) e mediante l'attribuzione ad un organo di autogoverno delle funzioni amministrative capaci di incidere sullo *status* dei magistrati o comunque strumentali rispetto all'esercizio delle funzioni giurisdizionali (artt. 104-106), ma anche le basi della indipendenza c.d. «interna», con l'affermazione del principio che «i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni» (art. 107, c. III).

Il c. I dell'art. 104 della Costituzione stabilisce che «La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere».

Attorno a questa disposizione ruota l'intero titolo IV della parte seconda della Costituzione.

Il principio di autonomia e indipendenza della magistratura da ogni altro potere, affermato dall'art. 104 della Costituzione, si concreta nell'attribuire al Consiglio superiore della magistratura – composto in conformità alle previsioni della stessa disposizione costituzionale – le competenze relative alle assunzioni, alle assegnazioni e ai trasferimenti, alle promozioni e ai provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati (art. 105 della Costituzione), con conseguente riduzione delle competenze del Ministro della giustizia a quelle residue, riguardanti l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi

<sup>16</sup> L. VIOLANTE, *I cittadini, la legge e il giudice*, cit., p. XXXIX.

<sup>17</sup> V. di recente su questo tema A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura alla Costituente*, in *Dir. e società*, 1997, n. 2, pp. 157-88, I parte: *Il dibattito nella Commissione dei settantacinque*, n. 3, pp. 291-356, II parte: *Il dibattito in Assemblea plenaria*, ed *ivi* ampia bibliografia.

alla giustizia. Come è noto, si sono dovuti attendere però dieci anni perché il Parlamento approvasse la l. 24 marzo 1958, n. 195 che ha istituito il Consiglio superiore della magistratura.

Parallelamente alla previsione dell'autonomia e dell'indipendenza dell'ordine giudiziario nel suo complesso, la Costituzione ha introdotto il già ricordato principio della indipendenza del singolo organo giurisdizionale, previsto nell'art. 101 con la formula: «I giudici sono soggetti soltanto alla legge».

Tale principio, che è stato interpretato ponendo soprattutto l'accento sull'avverbio «soltanto» contenuto nella disposizione costituzionale, se rappresenta l'obiettivo primario alla cui realizzazione è preordinato l'intero ordinamento attribuito alla magistratura, non consente però di prevedere alcuna garanzia che si risolva in forme di «immunità» dalla rigorosa osservanza delle regole di diritto; ed infatti la Costituzione esige innanzi tutto che i giudici, anche e soprattutto i giudici, siano vincolati al rispetto delle leggi. L'indipendenza del giudice, il cui motivo ispiratore risponde all'esigenza di assicurare una migliore protezione dei diritti dei cittadini, non ha nulla in comune con l'aspirazione all'esercizio del potere da parte di sceriffi più o meno in buona fede, né con l'ambizione di superpoliziotti che, con arbitri e soprusi ai danni dei cittadini, pretendano di giustificare la mancata osservanza delle regole giuridiche con le difficoltà di condurre le indagini in ambienti particolari.

Con specifico riferimento alla posizione personale dei titolari degli uffici, il principio dell'art. 101 della Costituzione si traduce nell'affermazione dell'«inamovibilità», cui non si può derogare, disponendo la dispensa o la sospensione dal servizio dei magistrati o la loro destinazione ad altre sedi o funzioni<sup>18</sup>, se non in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso (art. 107, c. I Cost.).

---

<sup>18</sup> Per una chiara esposizione di questi principi v. S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, in *Manuale di diritto pubblico*, II, *L'organizzazione costituzionale*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Ved., Bologna, il Mulino, 1997, pp. 427-70, spec. p. 432: *ivi*, pp. 466-70, aggiornate indicazioni di bibliografia; v. anche ID., *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, Cedam, 1964; F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1982.

## 5. Peculiarità del ruolo del Pubblico ministero: il problema della sua indipendenza

La regola ora ricordata è attualmente estesa ai magistrati preposti agli uffici del Pubblico ministero. Si è invece escluso che il c. II dell'art. 101 della Costituzione, quello che prevede che i giudici sono soggetti soltanto alla legge, si applichi agli uffici requirenti, cioè a quelli del Pubblico ministero, giacché, come ha affermato la Corte costituzionale in un'importante sentenza del 1995, «la garanzia costituzionale dell'indipendenza del Pubblico ministero» ha la sua sede propria nell'art. 112 della Costituzione (sentenza 6-8 settembre 1995, n. 420).

Già nel 1976 la Corte costituzionale aveva affermato, con la sentenza n. 52 di quell'anno, che, «a differenza delle garanzie previste dall'art. 101 della Costituzione a presidio del singolo giudice, quelle che riguardano il Pubblico ministero si riferiscono all'ufficio unitariamente inteso e non ai singoli componenti di esso».

Credo che sia abbastanza noto il livello di marcata autonomia di ciascun magistrato delle procure della Repubblica, con una garanzia di autonomia «interna» che caratterizza nettamente il sistema italiano rispetto agli altri esistenti nell'ambito dell'unione europea<sup>19</sup>.

Il problema della possibile estensione delle garanzie di indipendenza stabilite per i giudici ai magistrati preposti agli uffici del Pubblico ministero richiede una valutazione specifica. Si tratta, come è noto, di un argomento sul quale nel periodo più recente, e soprattutto negli ultimi mesi, vivacissimo ed assai articolato è stato il dibattito, che ha riguardato i temi più specifici della separazione delle funzioni oppure delle carriere dei magistrati, dell'obbligatorietà dell'azione penale, della subordinazione dei Pubblici ministeri al Ministro della giustizia, dei rapporti tra gli uffici del Pubblico ministero e la loro struttura interna e, più in generale, la complessa questione dei rapporti tra politica e giustizia.

---

<sup>19</sup> Cfr. sul punto V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, cit., spec. p. 736 ss. V. anche ID., *Le modificazioni dell'ordinamento giudiziario in funzione del nuovo codice di procedura penale*, in G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, VIII, 1: *Gli adeguamenti dell'ordinamento giudiziario*, Bologna, il Mulino, 1992, pp. 5-6; ID., *Sull'assetto interno degli uffici del Pubblico ministero*, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 716.

Recenti episodi dimostrano l'importanza e l'attualità del problema consistente nel precisare il ruolo del Pubblico ministero nella fase delle indagini e nel favorire la reale consapevolezza di che cosa rappresenti un processo in un Paese democratico, i cui pubblici poteri sono impegnati nel proteggere i diritti inviolabili dei cittadini, compresi naturalmente i diritti di difesa in ogni grado e stato dei procedimenti (art. 24 della Costituzione).

Volendo sintetizzare i termini del problema riguardante la posizione e le garanzie dei magistrati che svolgono le funzioni di Pubblico ministero, occorre risalire al dibattito che l'assemblea costituente dedicò a tale argomento. In quella circostanza si ebbe una contrapposizione tra l'orientamento di Piero Calamandrei, favorevole alla soluzione di stabilire in costituzione il principio di indipendenza del Pubblico ministero dal potere governativo, e quello espresso da Bettiol e Leone – due professori di diritto penale e processuale penale –, i quali sottolineavano la necessità di stabilire, anche in un ordinamento democratico, una chiara differenziazione delle garanzie previste nei confronti del Pubblico ministero e nei confronti dei giudice. L'on. Leone, in particolare, escludeva di potere estendere al Pubblico ministero le garanzie proprie dei giudici, mentre proponeva di togliere al Pubblico ministero ogni potere di istruzione e di coercizione, rendendosi ben conto della impossibilità di attribuire ad un Pubblico ministero non pienamente indipendente il potere di istruire processi e di adottare misure riduttive della libertà personale.

Credo che abbia ragione chi osserva – e mi riferisco all'amico Guido Corso che ha recentemente dedicato un interessante articolo all'argomento – che soltanto mediante una interpretazione «forzata» delle norme costituzionali si è sostenuta l'opinione che il Pubblico ministero, essendo anch'egli un magistrato, gode delle stesse garanzie previste dalla Costituzione nei confronti dei giudici.

La Costituzione dedica alcune specifiche disposizioni al Pubblico ministero nel sistema costituzionale: le uniche disposizioni della Costituzione che menzionano espressamente questo organo sono quelle degli artt. 107, c. IV, e 112.

La prima delle due disposizioni, quella contenuta nel c. IV dell'art. 107, dispone che «Il Pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme dell'ordinamento giudiziario».

L'art. 112 della costituzione prevede che «Il Pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'adone penale».

L'art. 107, c. IV, va esaminato in connessione con le norme contenute nei precedenti commi dell'articolo medesimo, che prevedono la garanzia dell'inamovibilità dei magistrati, attribuiscono alla competenza del Consiglio superiore della magistratura le delibere che maggiormente incidono sul rapporto di servizio dei giudici e stabiliscono la regola che fra i magistrati non è ammissibile altra distinzione se non quella legata alla diversità di funzioni.

Giustamente ha osservato Guido Corso che il confronto fra i primi tre commi ed il quarto è eloquente nel senso che «Se il Pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario, ne discende che egli non gode delle garanzie stabilite per i magistrati direttamente dalla Costituzione (inamovibilità, competenza esclusiva del CSM, etc.). Se ne godesse, di tali ultime garanzie, non si vedrebbe la ragione di un rinvio all'ordinamento giudiziario [...]»<sup>20</sup>.

Criticando l'opinione generalmente sostenuta in dottrina, che, per estendere ai Pubblici ministeri le garanzie di indipendenza previste dalla Costituzione nei confronti dei giudici, sostiene che la Costituzione, quando parla di magistrati, intende ricomprendere nella categoria anche i rappresentanti del Pubblico ministero, sicché le garanzie previste per i giudici valgono anche per i Pubblici ministeri, Guido Corso, a me sembra giustamente, osserva: «Il fatto che l'Assemblea costituente abbia ritenuto di dettare una specifica disciplina per il Pubblico ministero, anzi di astenersi dal dettarla, rinviando alla legge ordinaria, non può avere altra spiegazione se non questa: le garanzie stabilite direttamente dalla Costituzione per i magistrati, non si applicano ai Pubblici ministeri. E questo ragionamento vale non solo per i primi tre commi dell'art. 107, ma anche per tutte le altre disposizioni della Costituzione che stabiliscono garanzie per i magistrati (artt. 104,105 e 106)<sup>21</sup>.

La disposizione dell'art. 112, che stabilisce l'esercizio obbligatorio

---

<sup>20</sup> G. CORSO, *Il Pubblico ministero nel sistema costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 3 (1997), n. 3, fascicolo dedicato a *La riforma costituzionale nel progetto della Commissione Bicamerale*, pp. 885-93, spec. p. 889.

<sup>21</sup> G. CORSO, *op. ult. cit.*, p. 889.

dell'azione penale da parte del Pubblico ministero, era evidentemente dettata dalla preoccupazione dei costituenti di evitare gli inconvenienti derivanti da un possibile esercizio discriminatorio dell'azione penale: la stessa preoccupazione che, poco dopo la caduta del fascismo, aveva indotto il legislatore ordinario a riservare al giudice il potere di archiviazione delle *notitiae criminis*<sup>22</sup> e ad eliminare il potere di direzione dell'attività del Pubblico ministero che la legislazione anteriore attribuiva al Ministro della giustizia<sup>23</sup>.

A proposito del principio di obbligatorietà dell'azione penale si pone il non semplice problema di valutare se sussista una necessaria equazione fra obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del Pubblico ministero.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 88 del 1991, ha precisato che l'esercizio obbligatorio dell'azione penale discende dal principio di legalità dei reati e delle pene stabilito nell'art. 25, c. II, della Costituzione. In un sistema fondato sul principio di eguaglianza dei cittadini, il principio di legalità esige l'esistenza dell'altro principio di obbligatorietà dell'azione penale. La Corte ha anche affermato che «realizzare la legalità nell'eguaglianza non è, però, concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri: sicché di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del Pubblico ministero».

Il principio di obbligatorietà dell'azione penale non può però interpretarsi nel senso che sia escluso il potere dell'autorità politica di determinare le linee di politica criminale alla quale il Pubblico ministero deve attenersi nell'esercizio dell'azione stessa; e deve considerarsi tuttora applicabile la disposizione dell'ordinamento giudiziario che assicura il coordinamento interno dell'ufficio del Pubblico ministero e, ove necessario, il coordinamento delle attività investigative tra gli uffici del Pubblico ministero (art. 117, c. III).

Non vi è dubbio che l'art. 112 della Costituzione configuri il Pubblico ministero come parte del processo «e parte e giudice non possono essere uniti in un corpo unico se non a prezzo di menomare

---

<sup>22</sup> Art. 39, r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511, modificativo dell'art. 69, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12.

<sup>23</sup> Art. 70, c. I e III del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, come modificato dall'art. 20 del d. P.R. 22 settembre 1988, n. 449.

l'imparzialità del giudice e di negare la parità dell'accusa con le altre parti del processo»<sup>24</sup>.

La configurazione del Pubblico ministero come parte e la sua diversità rispetto al ruolo svolto dal giudice si sono accentuate con la riforma del codice di procedura penale del 1988, che ha introdotto nel sistema il nuovo processo accusatorio, ha privato il Pubblico ministero di poteri istruttori e di poteri di restrizione della libertà personale e gli ha attribuito il diritto di azione, che è appunto il diritto di una parte e non del soggetto che esercita la giurisdizione.

Il giudice deve essere indipendente e se non lo è non può essere imparziale nell'esercizio della giurisdizione; le parti del processo, tutte le parti di qualunque processo, le parti pubbliche come quelle private, hanno il diritto di rivolgersi ad un giudice indipendente ma, nella loro qualità di parti, non hanno il dovere dell'imparzialità e le garanzie che l'ordinamento deve prevedere nei loro confronti non comprendono anche quella della indipendenza.

Quando, con l'auspicabile maggiore serenità del dibattito riguardante i rapporti tra politica e giustizia, verrà maggiormente condivisa tale concezione a proposito della nuova configurazione del Pubblico ministero, come quella di un soggetto della pubblica accusa, obbligato ad esercitare l'azione penale, che assume il ruolo di una parte e non quella di un giudice «terzo», potrà forse comprendersi che la separazione delle carriere dei giudici e dei Pubblici ministeri e la previsione, per i magistrati esercenti le funzioni di Pubblico ministero, di una sezione disciplinare autonoma del Consiglio superiore della magistratura assumono il significato non di un attacco all'autonomia della magistratura ma di una conseguenza direttamente derivante dai principi che prevedono il nuovo processo accusatorio.

## 6. *L'indipendenza dei giudici amministrativi*

Il problema della indipendenza dei giudici assume un'importanza specifica per i giudici amministrativi, i quali, anche per la loro particolare origine storica, si presentano assai spesso come organi ibridi,

---

<sup>24</sup> G. CORSO, *op. ult. cit.*, p. 890.

a metà tra giurisdizione e amministrazione, o, per usare ancora una volta le parole di Mario Nigro, «rappresentano il punto di incontro e di raccordo tra giurisdizione e amministrazione, quindi più d'ogni altro intrisi di neutralità e politicità»<sup>25</sup>.

Dalla particolare vicinanza di questi giudici al complesso governo-amministrazione – sia per quanto riguarda la composizione, sia per ciò che attiene alle funzioni – deriva che la questione della indipendenza per essi sia principalmente, ma non solamente, una questione di rapporti con il governo-amministrazione (il c.d. potere esecutivo).

La Costituzione, mentre ha provveduto direttamente ad assicurare l'indipendenza dei giudici ordinari nei modi indicati dagli artt. 104 ss., per le giurisdizioni amministrative ha rimesso tale compito al legislatore, fissando soltanto il principio che esse debbono essere indipendenti (artt. 100 e 108). La disciplina di tale indipendenza va quindi trovata nella legge, anche se il principio costituzionale e il modo come l'indipendenza è assicurata per la giurisdizione ordinaria non possono non esercitare una azione di influenza nell'interpretazione e valutazione delle leggi medesime.

Dalla natura «ordinaria» della giurisdizione amministrativa sembra scaturire l'esigenza di una parificazione anche organizzativa delle due giurisdizioni – quella ordinaria e quella amministrativa –: questa esigenza è stata condivisa dalla Corte costituzionale sotto il profilo della soggezione anche del giudice amministrativo all'azione civile di responsabilità per colpa grave, al pari del giudice ordinario, come affermata dalla l. n. 117 del 13 aprile 1988 (cfr. sent, 28 aprile 1989, n. 243).

Sono molti anni che vengono espressi vari dubbi sull'indipendenza dei principali organi del sistema italiano di giustizia amministrativa: giunte provinciali amministrative, Consiglio di Stato, Corte dei conti e Tribunali amministrativi regionali. Non è possibile esaminare qui tutti i problemi in discussione e le molte sentenze emanate in proposito dalla Corte costituzionale. Mi limito ad osservare che i motivi di tali dubbi sono tuttora più che giustificati<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit.

<sup>26</sup> Con riferimento alla indipendenza dei magistrati della Corte dei conti, può vedersi S. LARICIA, *Garanzie costituzionali dei magistrati della Corte dei conti e rapporti informativi sulla loro attività*, in *Giur. cost.*, 23 (1978), I, pp. 921-36, ed *ivi* bibliografia citata; ID., *Reclutamento e formazione dei magistrati della Corte dei conti*, in *L'ordinamento*

Le critiche ai sistema hanno soprattutto riguardato l'ingerenza esercitata dal potere esecutivo sul Consiglio di Stato e sulla Corte dei conti, anche attraverso le nomine di estranei, soprattutto considerando l'assenza di ogni limite che per molti anni ha caratterizzato tali nomine, la sempre più accentuata loro politicizzazione e l'indifferenza dimostrata dalla Corte costituzionale nei confronti dei meccanismi di formazione degli organi giudicanti speciali: in proposito, è certamente assai discutibile la drastica affermazione della Corte costituzionale che «i modi nei quali la nomina avviene riguardano l'atto di nomina ed esauriscono in questo ogni loro effetto (sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 1967)»<sup>27</sup>.

La frequenza con la quale il Governo provvede ad affidare incarichi extragiudiziali ai componenti del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è un fatto che, come ha osservato di recente Aldo Travi, «discrimina in funzione di una ragione politica e, quindi, introduce (seppur forse più nella logica di misure premiali, che nella logica delle sanzioni) gli elementi propri di una responsabilità o di una soggezione del giudice rispetto al potere politico»<sup>28</sup>.

Il discorso è ovviamente molto complesso e richiederebbe anche una contestuale analisi del giudizio del Consiglio di Stato, collegato all'attività di consulenza, e del giudizio della Corte dei conti, collegato all'attività di controllo. Ma è certo che i dubbi e gli interrogativi sono in proposito numerosi e, ritengo, giustificati. Nei prossimi giorni dovrà provvedersi alla designazione del nuovo presidente della Corte dei conti: ora, se tutti i giudici, anche quelli amministrativi, devono essere indipendenti, come può giustificarsi che la nomina del presidente dei giudici contabili spetti al governo? E se il giudice non è indipendente, che giudice è?

---

*giudiziario. III. Materiali per una riforma*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Rimini, Maggioli, 1985, pp. 166-87.

<sup>27</sup> Successivamente la Corte costituzionale ha ritenuto che il potere governativo di scelta sia sufficientemente circoscritto in modo da corrispondere a due esigenze, e cioè «che le persone a cui poter affidare le funzioni giurisdizionali siano idonee allo svolgimento di esse, e che tale idoneità venga concretamente accertata» (sentenza n. 177 del 1973).

<sup>28</sup> A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, Relazione introduttiva all'incontro del Gruppo di San Martino, tenuto a Cagliari il 3 aprile 1998 sul tema *L'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 4 (1998), n. 2, pp. 371-88, spec. p. 372.

All'assemblea costituente Calamandrei, che era uno dei tre relatori delle disposizioni relative alla giustizia, propose la soluzione di una giurisdizione unica: proposta che non fu poi accolta, anche se le obiezioni furono soprattutto fondate sull'argomento che il Consiglio di Stato e la Corte dei conti avevano reso un buon servizio e meritavano dunque un apprezzamento per il ruolo svolto.

Tuttavia la ragion d'essere della giurisdizione amministrativa non può essere di ordine storico, anche perché «molto spesso, quando viene invocata una tradizione che riguarda uno dei “Grandi Corpi” dello Stato, è difficile capire fino a che punto si voglia rendere omaggio a una vicenda storica, o si voglia invece perpetuare un centro di potere»<sup>29</sup>.

«È fuori discussione che in passato la giurisdizione amministrativa ha svolto un ruolo fondamentale, fino a determinare una concezione nuova della giurisdizione, non più condizionata dal riferimento assorbente ai diritti soggettivi. Tuttavia la ragione “attuale” di una giurisdizione speciale deve essere misurata con le concezioni attuali della tutela giurisdizionale e con le esigenze attuali del cittadino»<sup>30</sup>.

Se il tipo e la misura di tutela del cittadino devono costituire il criterio decisivo per individuare quale sia la migliore tutela giurisdizionale nei suoi confronti e se d'altra parte condizione preliminare per una giustizia aderente alle esigenze di protezione dei cittadini è la piena indipendenza del giudice, occorre riconoscere che una indifferenza istituzionale del giudice rispetto alle parti in causa non si può avere quando lo stesso organo svolga anche funzioni consultive (penso al Consiglio di Stato) o funzioni di controllo (penso alla Corte dei conti).

Oggi che all'esigenza, che prima assumeva carattere prioritario, di assicurare l'autonomia dell'amministrazione, si è sostituita l'esigenza di prevedere per il cittadino una tutela completa anche nei confronti dell'amministrazione, è necessario che questa tutela sia assicurata da un giudice nei cui confronti valga ogni garanzia opportuna per l'esercizio della funzione giurisdizionale.

E necessario dunque che anche ai giudici chiamati a difendere i cittadini nei confronti delle amministrazioni siano assicurate le medesime garanzie di indipendenza dei giudici ordinari: garanzie

---

<sup>29</sup> A. TRAVI, *op. ult. cit.*, p. 381.

<sup>30</sup> A. TRAVI, *op. ult. cit.*, p. 375.

che devono valere «a maggior ragione», proprio perché il giudizio si svolge contro una parte pubblica.

Se anche il giudice degli atti amministrativi sarà assoggettato al medesimo stato giuridico che vale per tutti i magistrati, sono poi ipotizzabili ulteriori conseguenze; non soltanto non può permanere alcun legame privilegiato del giudice con il potere esecutivo: «ma non ha più senso neppure prevedere organi di autogoverno separati: non è logico, infatti, prevedere organi di autogoverno separati, quando la disciplina che essi sono chiamati ad applicare e a garantire risulti la medesima»<sup>31</sup>.

Con riferimento al problema delle funzioni e dell'organizzazione delle magistrature amministrative, erano state previste, nel progetto presentato dalla commissione bicamerale per la riforma della Costituzione, alcune disposizioni che prevedevano molte ed importanti novità. Sappiamo tutti naturalmente che il progetto di riforma si è bruscamente interrotto: e non è questa la sede per esaminare nei particolari tali proposte.

La proposta di separare le funzioni giurisdizionali, affidate ai Tribunali regionali e alla Corte di giustizia amministrativa, e le funzioni consultive e di controllo, che avrebbero dovuto rimanere affidate al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti quali organi ausiliari privati delle funzioni giurisdizionali, ove fosse stata approvata, avrebbe rappresentato un passo avanti importante sul piano della indipendenza effettiva di giudici, che, per l'attuale possibilità di passare dall'una all'altra funzione, «appaiono troppo legati all'amministrazione per poter essere dotati di una terzietà istituzionale assoluta»<sup>32</sup>.

A mio avviso la tendenza, sostenuta da una parte della dottrina di diritto amministrativo ed accolta dalla commissione bicamerale per la riforma della Costituzione, ad andare verso un giudice unico, caratterizzato dalla c.d. cultura della giurisdizione e in grado di unificare l'attività del giudice civile e quella del giudice amministrativo è espressione di un principio che deve essere guardato con favore. E non vi è dubbio, a mio avviso, che, in una eventuale riforma delle

---

<sup>31</sup> A. TRAVI, *op. ult. cit.*, p. 386.

<sup>32</sup> N. COLAIANNI, *Unità o divisione della giurisdizione?*, in *La Costituzione tra revisione e cambiamento*, a cura di S. Rodotà, U. Allegretti e M. Dogliani, Roma, Editori Riuniti, 1998, pp. 99-110, spec. p. 101.

disposizioni costituzionali in tema di giustizia amministrativa, debba considerarsi come un obiettivo degno di essere perseguito quello di un'unica magistratura, la quale eserciti tutta, se pure in forme diverse, la stessa attività giurisdizionale e sia organizzata nello stesso modo<sup>33</sup>.

7. *Alfonso Ferrucci: l'insegnamento di un vita professionale ispirata al principio della indipendenza*

Si è spesso osservato che i vari istituti previsti dalla legge non garantiscono direttamente la indipendenza dei giudice, ma si limitano soltanto a creare le condizioni istituzionali perché questa possa realizzarsi: certo nessuna legge può fare di più.

Costituisce infatti un'affermazione spesso ripetuta nei contributi che riguardano l'argomento esaminato in questa mia relazione che «l'indipendenza di giudizio costituisce una qualità che non può essere conferita per legge o per costituzione, ma che si sviluppa o meno, in modo essenzialmente spontaneo, a seconda delle circostanze in cui il giudice opera, della sua formazione culturale e delle sue qualità personali. La Costituzione e la legge possono certamente contribuire alla creazione di condizioni favorevoli per la realizzazione di un tipo di giudice che sia in grado di esercitare le sue funzioni in modo più indipendente di un altro, ma questo risultato rappresenta il prodotto di una maturazione delle singole persone che saranno chiamate ad esercitare le corrispondenti funzioni, nei confronti della quale i dati normativi costituiscono soltanto alcuni fra i possibili presupposti»<sup>34</sup>.

Soltanto la formazione umana e culturale e le qualità personali dei giudici, dei singoli giudici, possono garantire quel rifiuto della gerarchia e della logica di carriera e quell'orientamento contrario alla giurisprudenza imposta dall'alto e passivamente subita, che non sono condizioni facilmente riscontrabili e che sono invece essenziali perché la funzione giurisdizionale sia esercitata da soggetti realmente indipendenti.

È dunque sulla formazione dei giudici che occorre impegnare risorse

---

<sup>33</sup> V. sul punto M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 275.

<sup>34</sup> A. PIZZORUSSO, *Le garanzie giurisdizionali...*, cit., p. 2 (del dattiloscritto).

se ed energie se si vuole perseguire l'obiettivo di un giudice imparziale e indipendente, auspicio che giustifica «una veemente protesta per la scarsissima attenzione che è stata fin qui generalmente dedicata nel nostro Paese alla formazione professionale dei giudici, le cui carenze sono da ritenere all'origine di molte delle più gravi disfunzioni che le cronache ci segnalano»<sup>35</sup>.

In proposito è significativo lo scarso rilievo che, nella valutazione della preparazione dei giovani che partecipano al concorso per uditore giudiziario, viene attribuito al diritto costituzionale, una disciplina che, nelle previsioni del legislatore, assume una importanza senz'altro marginale, che è stata ancora più ridotta nella recente riforma delle prove di concorso per il reclutamento dei magistrati: in tal modo non si tiene conto del rilievo che deve assumere, nel bagaglio culturale dei giudici, l'esigenza di tutela dei diritti di libertà e di eguaglianza dei cittadini, che sono innanzi tutto diritti e valori con dignità costituzionale.

Vi è invece un evidente collegamento fra esercizio indipendente delle funzioni e garanzie dei diritti costituzionali, in quanto «non può dubitarsi che quanto più le garanzie di indipendenza saranno realizzate, tanto più probabile sarà l'aumento del numero dei magistrati che operano in modo indipendente. E quanto maggiore sarà questo numero, tanto maggiore sarà la probabilità che i diritti di libertà siano rispettati, che l'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge non sia una frase vuota di senso e, in sostanza, che un numero maggiore di ingiustizie possano essere evitate o quanto meno punite»<sup>36</sup>.

Ma certo anche la formazione culturale non è di per sè sufficiente in quanto molto, come sempre, dipende dalla personalità, dalla sensibilità e, direi, dall'indole delle singole persone.

Sono presenti in quest'aula magistrati e avvocati che, nell'esercizio delle rispettive funzioni, hanno lunga esperienza di attività professionale. A ciascuno di noi è certo capitato di avere occasione di incontrare e di frequentare molti, moltissimi giudici abituati ad esercitare le loro funzioni in condizioni di dipendenza e in stato di passività culturale e pochi, forse pochissimi giudici che abbiano co-

---

<sup>35</sup> A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, p. 9 (del dattiloscritto).

<sup>36</sup> A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*

stantemente e coerentemente ispirato la loro vita professionale alle esigenze della indipendenza di giudizio.

E questa una riunione pubblica, e non è consueto in queste circostanze lasciare molto spazio all'espressione di sentimenti privati. Eppure, avviandomi alla conclusione, voglio qui dire che, se volgo lo sguardo al passato non posso fare a meno di ricordare la sensazione che ho provato quando, più di trent'anni fa, ho avuto la felicissima occasione dell'incontro con una persona come Alfonso Ferrucci, con le sue doti di uomo sensibile e sincero, con il suo impegno civile e professionale e (perché non ricordarlo?) con la sua allegria e simpatia. Un collega e un amico diverso dagli altri!

È iniziato allora un periodo, breve ma intenso, nel quale ho condiviso con lui un mondo di passioni e di convinzioni comuni: la passione per la giustizia uguale per tutti e per l'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge, la passione per il motto, caro a don Milani, *L'obbedienza non è più una virtù*, la passione per l'autonomia e l'indipendenza di giudizio nell'esercizio delle proprie funzioni, la convinzione che occorra mantenere costantemente la capacità di indignarsi, anche quando gli anni passano e vi sono motivi per avere minori entusiasmi.

So bene naturalmente quanto numerosi sono coloro che ritengono che questi sono soltanto sogni ed utopie e non obiettivi concretamente perseguibili; ma Alfonso Ferrucci li ha vissuti con l'impegno civile e la ferma determinazione di una persona appunto un pò diversa dalle altre, con la convinzione che dovessero costituire non ideali da proclamare ma valori da realizzare per i quali valeva la pena di impegnarsi e combattere. Ed erano obiettivi e passioni che Alfonso ha conservato e ribadito quando è stato chiamato ad operare in una città affascinante ma difficile come Palermo, nella quale è tanto dura la «lotta per il diritto», per usare la felice formula di Rudolf Von Jhering.

Alcuni tra gli amici qui presenti certamente ricorderanno quante volte, nei nostri incontri serali a cena con le nostre mogli, incontri che si sono bruscamente interrotti dopo la scomparsa di Alfonso, scherzavamo sul suo gusto di infilare il dito nella piaga dolente, quando riteneva che determinate questioni meritassero di essere trattate senza curarsi di tener conto delle possibili reazioni di persone potenti ed influenti e dell'eventuale risentimento di quelli che sono stati definiti i «signori della carriera».

Credo sia vero quel che ha scritto sabato scorso sulla *Stampa* Ilda Boccassini, a proposito di Lucio Battisti e della sua morte: che nella vita è importante «regalare agli altri un'idea, un sentimento, un'emozione»<sup>37</sup>.

Per le idee, i sentimenti e le emozioni che Alfonso Ferrucci mi ha donato, voglio qui pubblicamente ringraziarlo. Per me Alfonso non è stato soltanto un amico carissimo del quale avverto sempre più la mancanza via via che passa il tempo dalla sua scomparsa, ma ha rappresentato un esempio di giudice sereno ed imparziale, per la cui testimonianza io credo dobbiamo tutti essergli grati.

---

<sup>37</sup> I. BOCCASSINI, in *La Stampa*, 12 settembre 1998.

## *Due sentenze in tema di libertà matrimoniale e di libertà di insegnamento nelle scuole confessionali\**

1. - Nel secondo fascicolo (aprile/giugno) dell'annata 1992 della rivista *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale* è stata pubblicata, con una breve nota redazionale, un'importante sentenza della Corte di cassazione, la quale ha stabilito, tra gli altri principi, anche il seguente: «È assistito da giusta causa, ai sensi dell'art. 2119 c.c., il licenziamento intimato da un istituto di istruzione religioso di confessione cattolica ad un proprio insegnante laico, per avere questi contratto matrimonio col rito civile e non con quello religioso, fondato sull'indissolubilità del vincolo e sul suo carattere sacramentale, stante l'irrimediabile contrasto fra tale comportamento ed i principi e la finalità che improntano l'attività di insegnamento caratterizzata dal suddetto ordinamento confessionale – nella specie, peraltro, oggetto di incondizionata adesione, contrattualmente prestata dall'insegnante – ed attesa la necessità di escludere la natura discriminatoria del recesso, in quanto siffatto orientamento risulta costituzionalmente tutelato come valore etico primario dai precetti in tema di libertà di insegnamento, assicurata alle scuole confessionali, in genere, e cattolica in particolare ed intesa anche come libertà dei genitori di scegliere per i propri figli un tipo di istruzione concretamente ispirato ai dettami della dottrina cristiana»<sup>1</sup>.

In senso conforme si sono espressi anche i giudici del Tribunale di Firenze con sentenza 28 febbraio 1992: in tale sentenza, richiamandosi

---

\* In *Studi in memoria di Italo Mancini*, a cura di G. PANSINI, Edizioni Scientifiche, 1999, pp. 405-16.

<sup>1</sup> La sentenza della Cassazione, sez. lavoro, 21 novembre 1991, n. 12530, oltre che in *Dir. eccl.*, 1992, II, pp. 134-38, è anche pubblicata in *Foro it.*, CXVII, 1992, n. 7-8, I, cc. 2151-72 con nota di AMOROSO, *Ammissibilità, o meno del licenziamento c.d. ideologico nelle organizzazioni di tendenza* e in *Riv. critica dir. lav.*, 1992, n. 3, pp. 694-9, con nota di S. LARICCIA e R. MUGGIA, *Libertà di insegnamento, libertà di matrimonio e libertà di licenziamento*.

espressamente alle conclusioni accolte dalla Corte di Cassazione, i giudici hanno stabilito che è legittimo, perché assistito da giusta causa, il licenziamento intimato da un istituto cattolico di istruzione ad un proprio docente laico (in questo caso si trattava di una insegnante di educazione fisica), per avere questi contratto matrimonio con il rito civile e non con quello religioso<sup>2</sup>.

Il principio affermato dalla Corte di cassazione<sup>3</sup> e dal Tribunale di Firenze merita un commento, giacché esso, al di là del caso concreto esaminato nelle due sentenze, si presenta collegato ad un complesso di questioni che assumono grande rilievo nel diritto ecclesiastico ed in molte altre discipline come il diritto costituzionale, il diritto del lavoro ed il diritto amministrativo: il problema cioè del licenziamento c.d. ideologico nelle «organizzazioni di tendenza» e cioè, secondo una interpretazione ormai consolidata in dottrina e in giurisprudenza, negli enti e nelle associazioni che perseguono finalità ideologicamente orientate<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> La sentenza del Tribunale di Firenze è pubblicata in *Foro it.*, CXVII, 1992, n. 7-8, I, cc. 2247-52.

<sup>3</sup> Non risultano precedenti nella giurisprudenza di legittimità a proposito dell'ammissibilità del licenziamento di una scuola privata di indirizzo confessionale per il comportamento, da quest'ultimo tenuto, in difformità dai canoni della dottrina cattolica. Nella giurisprudenza di merito cfr. in senso contrario Pret. Palermo 17 novembre 1979, in *Foro it.*, Rep., 1981, voce *Lavoro* (rapporto), I, n. 891; Pret. Milano 8 gennaio 1980, *ivi*, n. 1599. Nel senso che l'orientamento ideologico del dipendente di un'organizzazione di tendenza possa ritenersi rilevante soltanto quando incida in concreto sull'attività stessa, cfr. Pret. Torino 29 dicembre 1988, *ivi*, Rep. 1988, voce cit., n. 879; Pret. Torino 29 dicembre 1988, *ivi*, Rep., 1988, voce cit., nn. 1722, 1723, ha invece negato la stessa configurabilità delle organizzazioni di tendenza, con conseguente applicabilità dell'ordinaria disciplina dei licenziamenti.

<sup>4</sup> Per l'esame delle molte questioni in discussione con riferimento a tale problema cfr. S. LARICCIA, *Libertà delle Università ideologicamente impegnate e libertà di insegnamento*, in *Giur. cost.*, 1972, pp. 2177-200; LO CASTRO, *Individuo e «insieme» nelle organizzazioni di tendenza confessionale. Riflessioni generali*, in *Dir. eccl.*, 1988, I, p. 326 55.; PERA, *Licenziamento ed organizzazioni di tendenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, pp. 455 ss. Sulle «organizzazioni di tendenza» v. anche, oltre agli scritti sopra citati, ROMBOLI, *Libertà di insegnamento ed organizzazioni di tendenza*, in *Foro it.*, 1978, IV, c. 323 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'ideologia nei rapporti privati*, Napoli, Jovene, 1980; MATTAROLO, *Il rapporto di lavoro subordinato nelle organizzazioni di tendenza*, Padova, Cedam, 1983; SANTONI, *Le organizzazioni di tendenza e i rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1983; PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, Milano,

È evidente infatti che la questione esaminata nelle due sentenze assume rilievo non soltanto a proposito del licenziamento di un dipendente di una scuola confessionale<sup>5</sup> ma anche in caso di licenziamento di un dipendente di un partito o di un sindacato<sup>6</sup> e, più in generale, nel caso di licenziamento di un'organizzazione di tendenza fondata sul rifiuto della finalità ideologicamente orientata della stessa<sup>7</sup>. Problemi che si presentano spesso di non facile soluzione, anche perché, come giustamente si è osservato, sarebbe sempre necessario distinguere tra licenziamento meramente ideologico e licenziamento per inadempimento di mansioni (anche parzialmente) a contenuto ideologico<sup>8</sup>.

2. - La Corte di Cassazione ha confermato la sentenza con la quale il tribunale di Pordenone aveva ritenuto che una docente di un istituto privato confessionale (un collegio dei Salesiani di Pordenone), «con la sua scelta libera e sovrana di contrarre matrimonio col rito civile e non con quello religioso, fondato sull'indissolubilità del vincolo e sul suo carattere sacramentale, era venuta meno ai suoi obblighi contrattuali ed aveva posto le condizioni per la risoluzione del rapporto»<sup>9</sup>.

Di conseguenza, la Corte ha convalidato il licenziamento deciso dal collegio privato, perché la professoressa «non ha adeguato il suo stile di vita ai principi della dottrina cristiana che riguardano il matrimonio come un sacramento che unisce gli uomini indissolubilmente dinanzi a Dio, e così comportandosi ha violato anche il principio contrattuale

---

Giuffrè, 1985; ID., *Tutela della tendenza e «Tendenzschutz»*, in *Giornale dir. lav. relazioni ind.*, 1987, pp. 749 ss.; ID., *Aziende di tendenza*, voce del *Dig. IV, Disc. civ.*, IV, Torino, Utet, 1987, pp. 10755 ss.; SANTONI, *I rapporti di lavoro nelle organizzazioni di tendenza a carattere religioso e confessionale*, in *Dir. lav.*, 1988, I, pp. 562 ss.

<sup>5</sup> Sui molti problemi relativi alle «scuole confessionali» v. di recente BERLINGÒ, *Scuole confessionali*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 923-33 e la bibliografia ivi citata.

<sup>6</sup> Con particolare riferimento ai sindacati v. CARABELLI, *Libertà ed immunità nel sindacato*, Napoli, Jovene, 1986.

<sup>7</sup> Cfr. sul punto l'interessante nota di AMOROSO, *Ammissibilità o meno [...]*, cit.

<sup>8</sup> AMOROSO, *Ammissibilità, o meno [...]*, cit., c. 2161.

<sup>9</sup> Trib. Pordenone 6 giugno-6 luglio 1989, in *Foro it.*, Rep. 1989, voce *Lavoro (rapporto)*, nn. 1721, 1769.

consistente nell'adesione incondizionata prestata come docente ai principi religiosi che l'istituto datore di lavoro professava».

Inutilmente l'insegnante aveva replicato che la scelta del rito civile con riferimento al matrimonio contratto rientrava esclusivamente nella sfera dei diritti della sua personalità e non poteva quindi essere considerata influente sull'insegnamento impartito agli alunni, né era censurabile perché la legge n. 300 del 1970 vieta al datore di lavoro di compiere indagini sulle opinioni religiose del proprio dipendente<sup>10</sup>. D'altra parte, aveva anche osservato l'insegnante, la fede cattolica al cui esercizio si era impegnata non poteva essere ritenuta essenziale per lo svolgimento delle mansioni dell'attività di insegnante di lingua straniera che le erano state assegnate.

Con riferimento a tale specifico aspetto, nella sentenza della Cassazione si afferma che la condotta dell'attrice costituiva una giusta causa di recesso perché essa si risolveva: 1) in un'inadempienza contrattuale grave, con riguardo all'impegno assunto dalla lavoratrice di concorrere alla formazione spirituale e culturale degli alunni non soltanto con l'insegnamento della materia scolastica affidatele, ma, principalmente, con la condotta tenuta quale docente cattolica, ed in particolare in relazione al rispetto del sacramento del matrimonio, fondato sull'indissolubilità del vincolo, quale simbolo qualificante del dogma cattolico; 2) nella lesione del diritto di libertà d'insegnamento stabilito in favore dell'istituto datore di lavoro dal precetto di cui all'art. 33, 4° comma, Cost., che dispone: «la legge, nel fissare i diritti e gli obblighi delle scuole non statali che chiedono la parità,

---

<sup>10</sup> È qui da ricordare che la pronuncia della Corte di Cassazione è stata emessa con riferimento al regime precedente alla legge 11 maggio 1990, n. 108, che ha modificato la disciplina dei licenziamenti individuali: in particolare l'art. 4 di tale legge ha stabilito che l'art. 18 dello statuto dei lavoratori non si applica «nei confronti dei datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione e di culto. Per una valutazione delle molte novità di questa legge cfr. F. FERRARO (ed.), *I licenziamenti individuali. Commento alla legge 11 maggio 1990 n. 108*, Napoli, Jovene, 1990; A. PROTO PISANI, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 364; SANDULLI, VALLEBONA, PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Padova, Cedam, 1990; D'ANTONA, *Disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Nuove leggi civ.*, 1991, p. 173; MAGNO, *Le organizzazioni e le imprese di tendenza nella nuova legge sui licenziamenti*, in *Dir. lav.*, 1991, I, p. 104.

deve assicurare ad esse piena libertà e ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali»; 3) nella lesione del diritto dei genitori, costituzionalmente protetto *ex art. 30 Cost.*, di «scegliere» per i propri figli un tipo determinato di scuola, affinché essi siano istruiti secondo i principi della dottrina cattolica ai quali sono stati educati gli stessi genitori.

La motivazione della sentenza è assai ampia e articolata, ma le molte pagine che la contengono non forniscono argomenti convincenti della sua fondatezza.

Un primo punto va posto in rilievo a proposito dell'espressione *libertà d'insegnamento*, che la Cassazione riferisce all'istituto datore di lavoro. È infatti da rilevare che sarebbe bene tenere sempre distinti i due concetti di *libertà di insegnamento*, come *libertà individuale* riconosciuta ai docenti delle scuole di ogni ordine e grado, comprese quelle universitarie, dall'art. 33 comma 1 cost. e di *libertà della scuola*, come *libertà collettiva* riconosciuta, dal comma 3 della medesima disposizione costituzionale, alle scuole private nelle quali si svolge l'attività degli insegnamenti.

Con riferimento a tale problema giustamente osservava qualche anno fa Norberto Bobbio che, per tentare di evitare le molte confusioni che determinano la differenza e l'opposizione di due forme di libertà che vengono riferite allo stesso soggetto, la scuola, è necessario tenere ben distinti due concetti che troppo spesso vengono confusi tra loro: quello di libertà *nella scuola* e di libertà *della scuola*<sup>11</sup>. Bobbio aggiungeva: «Ogni volta che si vuoi definire una libertà è un buon metodo precisare due punti: a) quali sono i soggetti di questa libertà; b) rispetto a che cosa sono liberi. [...] Riguardo alla libertà nella scuola i soggetti sono prima di tutto gli insegnanti, in secondo luogo gli allievi. Dico in primo luogo, unicamente perché la libertà di apprendimento degli allievi è una conseguenza della libertà d'insegnamento di cui godono gli insegnanti».

Nei punti 2) e 3) del brano, citato sopra, della sentenza si fa riferimento ai due possibili significati che assume l'espressione *libertà della scuola*: per precisare questi due significati, è opportuno partire dalla considerazione dei soggetti.

---

<sup>11</sup> N. BOBBIO, *Libertà nella scuola e libertà della scuola*, in *Stato e scuola oggi: l'opinione laica* a cura della FNISM, Federazione nazionale insegnanti, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1986, pp. 13-21, spec. p. 13.

E anche in questo caso i soggetti sono due, ma non sono gli stessi che sono presenti nella definizione della precedente libertà. Nel significato più ovvio, e anche praticamente più rilevante, libertà della scuola può significare diritto d'istituire scuole diverse da quelle dello Stato. In questa accezione i soggetti sono enti o religiosi o privati cui viene attribuito il diritto, qui inteso non solo come facoltà ma anche come potere, di creare e amministrare istituzioni scolastiche accanto a quelle create e amministrare dallo Stato<sup>12</sup>.

Che tale diritto esista e che il riconoscimento della libertà della scuola così intesa rientri perfettamente nella concezione laica dello Stato è conclusione tanto scontata che non si riesce a comprendere le ragioni che hanno indotto i giudici della Cassazione a dedicare una lunga parte della motivazione, con ampi riferimenti ai lavori dell'assemblea costituente, per dimostrare una tesi che non aveva bisogno di molte parole per essere affermata, che cioè con la locuzione *enti* usata nella norma costituzionale sia possibile riferirsi anche agli enti ecclesiastici.

La possibile esistenza di una scuola privata confessionale è senz'altro uno degli aspetti significativi delle norme costituzionali in tema di istruzione e di scuola. La Costituzione prevede, in materia di istruzione, un sistema pluralistico tendente a garantire che i giovani possano iscriversi alle scuole ispirate liberamente ai vari orientamenti di pensiero politico-sociale diffusi nel paese. Il costituente ha ammesso la coesistenza delle scuole private con quelle (obbligatorie) statali, prevedendo, nell'art. 33 Cost., che gli enti e i privati sono liberi di istituire scuole ed istituti di educazione (purché non ne derivi alcun onere finanziario per lo Stato) e che le scuole non statali ed i rispettivi alunni hanno diritto ad un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni delle scuole statali.

Può dunque ritenersi un principio pacificamente accettato quello per cui *libertà della scuola* ha anche un secondo significato strettamente connesso col primo, in cui i soggetti della libertà non sono più gli istitutori eventuali di scuole, ma gli utenti (gli allievi o per essi i genitori). In questo senso libertà della scuola significa libertà o diritto di scegliere una scuola diversa da quella di Stato.

Così come esiste un collegamento tra libertà di insegnamento e

---

<sup>12</sup> N. BOBBIO, *Libertà nella scuola*, cit., p. 16.

libertà di apprendimento, che sono i due aspetti della *libertà nella scuola*, una evidente interdipendenza esiste anche tra la libertà degli istitutori e quella degli utenti: innanzi tutto nel senso che il diritto di scegliere una scuola diversa da quella statale sarebbe vano se non fosse anche riconosciuto il diritto di istituire scuole non statali, ma anche nel senso che il diritto di istituire scuole non statali sarebbe a sua volta vano se non fosse riconosciuto a tutti i cittadini il diritto di scegliere la propria scuola.

Se questi punti sono (o dovrebbero essere) tanto chiari da non giustificare che si possa dubitare della loro esistenza e del loro esatto significato, più complesso si presenta il problema, al quale i giudici della cassazione non accennano neppure, che Bobbio chiarisce in questi termini: «Si può riconoscere la libertà *della* scuola a chi non riconosce la libertà *nella* scuola? La risposta negativa è stata sostenuta da parte di chi ha osservato che «il principio tanto sbandierato, in Italia, in Francia e altrove, della libertà della scuola non è un principio accolto dalla nostra costituzione, non è un principio laico, ma un vessillo di principi autoritari, uno strumento di guerra sui governi che non si piegano alla volontà della gerarchia ecclesiastica»<sup>13</sup>.

A me non sembra che, sulla base della nostra Costituzione, nella quale l'art. 33 comma 3 espressamente riconosce la libertà della scuola intesa come libertà di istituire scuole diverse da quelle statali, la risposta negativa al quesito che si è sopra definito, sia compatibile con le scelte del costituente, anche se sono fermamente convinto che tra le due libertà – libertà nella scuola e libertà della scuola – la prima assume un valore primario rispetto all'altra, nel senso che «uno stato laico e sociale non può fare a meno della prima mentre potrebbe fare a meno della seconda, e uno stato che riconoscesse solo la seconda potrebbe essere uno stato laico ma non sarebbe più uno stato sociale»<sup>14</sup>.

Dal principio di libera coesistenza delle scuole private con le scuole statali deriva la possibilità che le prime possano essere impegnate ideologicamente, in senso confessionale, liberale, marxista ecc., con l'ulteriore conseguenza che è ipotizzabile un contrasto tra gli orien-

---

<sup>13</sup> L. RODELLI, *La parità scolastica secondo la Costituzione*, in *Scuola e città*, 1984, n. 6, p. 35.

<sup>14</sup> N. BOBBIO, *Libertà nella scuola*, cit., p. 19.

tamenti ideologici della direzione della scuola e quelli del docente che presta la sua attività all'interno della scuola. L'autorità posta alla guida della scuola, prima di assumere un insegnante, farà di tutto per garantirsi contro l'eventualità di ammettere all'interno della scuola persone che dissentano dall'orientamento ideologico della stessa, ma non può certo evitare il pericolo che un contrasto sopravvenga in un momento successivo all'assunzione.

È evidente che il docente non subirà alcun condizionamento della sua libertà di insegnamento fino a quando persista una sua spontanea adesione rispetto agli orientamenti del capo d'istituto o dei gruppi dirigenti la scuola cui acceda, ma tale situazione può mutare nell'ipotesi di un sopravvenuto dissenso tra le rispettive posizioni ideologiche, derivante o da un mutato indirizzo dei dirigenti la scuola, o da un diverso indirizzo ideologico dell'insegnante convertitosi ad una nuova ideologia.

Per quanto riguarda le scuole pubbliche, il nostro sistema costituzionale, sul fondamento della premessa che le scuole statali sono aperte a tutte le correnti di opinioni ed in conformità al principio della libertà di manifestazione del pensiero, riconosce una assoluta e totale libertà di insegnamento (art. 33 comma 1 Cost.) e pertanto impedisce qualunque condizionamento esterno che eventualmente la scuola intenda imporre al docente.

Per le scuole private la questione si pone invece in termini diversi: i loro dirigenti, infatti, sono liberi di caratterizzarle con un preciso orientamento ideologico e, a tal fine, si proporranno di assumere soltanto gli insegnanti che diano garanzie di affidamento per quanto riguarda la loro adesione all'ideologia della scuola; il rapporto tra la scuola privata e l'insegnante, inoltre, non ha il carattere della stabilità che caratterizza (per lo meno formalmente) quello dei docenti nelle scuole pubbliche, ma è regolato dalle norme che disciplinano il contratto d'impiego privato, con la conseguenza che, ricorrendo determinate condizioni, è ammissibile il recesso per giusta causa dal contratto.

Si pone quindi il problema di valutare quali limiti, nelle scuole private, derivino alla libertà di insegnamento dall'obbligo contrattuale, eventualmente assunto dal docente, di orientare l'insegnamento in conformità all'indirizzo ideologico della scuola. In proposito è da porre in rilievo l'inammissibilità delle tesi favorevoli ad attribuire una eccessiva prevalenza alla libertà collettiva *della* scuola rispetto alla libertà individuale del docente *nella* scuola; quest'ultima opinione

appare infatti in contrasto con il principio, conforme alla tendenza generale degli ordinamenti democratici contemporanei, per il quale la libertà individuale merita tutela anche a scapito, eventualmente, della libertà collettiva, con la conseguenza che, in ipotesi di conflitto fra il diritto di libertà di un determinato gruppo sociale ed il diritto di libertà dei singoli che ne fanno parte quali membri, è il primo diritto che deve preferibilmente subire un sacrificio<sup>15</sup>.

Ove, comunque, ricorra un insanabile contrasto tra l'indirizzo ideologico della scuola privata e l'ideologia del docente, può ammettersi la risoluzione del rapporto di impiego ma il condizionamento della libertà di insegnamento non può risolversi nella conseguenza che l'insegnante sia tenuto ad impartire un insegnamento in contrasto con le proprie opinioni: in proposito è da ritenere che, se i dirigenti la scuola ritengono inevitabile, a causa del contrasto ideologico con l'insegnante, l'interruzione del rapporto di lavoro, questa debba valutarsi come un licenziamento ingiustificato da cui discendono le conseguenze economiche contemplate dalle leggi sul lavoro<sup>16</sup>.

3. - Precisate queste nozioni, occorre però ricordare che, nel caso esaminato dai giudici della Cassazione e del Tribunale di Firenze, non si può tanto parlare di contrasto fra libertà della scuola privata (confessionale) e libertà di insegnamento, ma occorre considerare se sia legittimo il licenziamento di un'insegnante che abbia deciso di sposarsi

---

<sup>15</sup> Cfr. sul punto S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 115 ss.; ID., *Le garanzie della libertà religiosa*, in *Arch. giur. "Filippo Serafini"*, CLXXXII, 1972, pp. 429 ss.; F. FINOCCHIARO, *Art. 19 e 20*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, *Art. 13-20, Rapporti civili*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1977, pp. 238 ss., spec. p. 246.

<sup>16</sup> Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione, scuola*, in *Giur. cost.*, VI, 1961, p. 361 ss., spec. p. 384; ID., *Insegnamento (libertà di)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, p. 721 ss., spec. p. 741; A. PIZZORUSSO, *La libertà d'insegnamento*, in *La pubblica sicurezza. La tutela del cittadino* a cura di P. BARILE, Vicenza, Neri Pozza, 1967, p. 395 ss., spec. p. 475. Per l'esame dei molti problemi trattati con riferimento al tema di libertà nella scuola e della scuola, cfr. G. DALLA TORRE, *Sulla libertà della scuola in Italia*, *Arch. giur.*, CLXXXIX, 1975, pp. 91 ss.; A. TALAMANCA, *Libertà della scuola libertà nella scuola*, Padova, Cedam, 1975; C. CARDIA, *La riforma del Concordato. Dal confessionismo alla laicità dello Stato*, Torino, Einaudi, 1980, spec. p. 193; S. BERLINGÒ, *Promozione culturale e pluralismo scolastico. Il diritto allo studio e le scuole confessionali*, Milano, Giuffrè, 1983.

in municipio ma non in chiesa, o se invece tale licenziamento non abbia determinato una lesione del diritto di libertà matrimoniale, un diritto che trova anch'essa riconoscimento e garanzia nella nostra costituzione.

Di recente la Corte costituzionale ha avuto modo di riconoscere ed affermare che «nella sfera personale di chi si sia rivolto al matrimonio non possa, e non debba di conseguenza, sfavorevolmente incidere alcunché di estraneo, al di fuori cioè di quelle sole regole, anche limitative, proprie dell'istituto: il relativo vincolo, cui tra l'altro si riconnettono valori costituzionalmente protetti, è, e deve rimanere, frutto di una libera scelta autoresponsabile, attenendo ai diritti intrinseci ed essenziali della persona umana e alle sue fondamentali istanze. Esso si sottrae, dunque, ad ogni forma di condizionamento indiretto ancorché eventualmente imposto, in origine, dall'ordinamento»<sup>17</sup>.

L'esigenza, costituzionalmente garantita, che la libertà dell'individuo nella decisione di contrarre matrimonio non subisca condizionamenti estranei alla disciplina giuridica dell'istituto deve essere tutelata ovviamente non soltanto contro forme di condizionamento consistenti nella previsione di limiti contemplati in norme dell'ordinamento statale ma anche nei confronti di forme di condizionamento provenienti da autorità confessionali, che pretendano di ostacolare le decisioni di cittadini di contrarre la forma di matrimonio che rappresenta la forma matrimoniale disciplinata dal codice civile.

Ed appare a mio avviso recisamente da respingere l'argomento esposto nella sentenza della Cassazione per contestare il punto di vista espresso dalla parte attrice, che cioè la ricorrente «era libera di contrarre matrimonio col rito che più le aggradava, ma la scelta operata con riguardo alla celebrazione delle nozze col rito civile la poneva in stato di inadempienza contrattuale grave nei riguardi della scuola presso cui aveva scelto d'insegnare, onde sotto tale aspetto il suo diritto confliggeva con quello dell'istituto scolastico datore di lavoro, tutelato, per contro, in via primaria dalla Costituzione, in

---

<sup>17</sup> Corte cost. 13 dicembre 1991, n. 450, in *Foro it.*, CXVII, 1992, I, cc. 1-3. Tale sentenza della corte costituisce l'ennesima dichiarazione di incostituzionalità di norme che incidono negativamente sulla libertà dell'individuo nella decisione di contrarre matrimonio, attraverso condizionamenti estranei alla disciplina giuridica dell'istituto. Cfr., anche per ulteriori riferimenti, Corte cost. 2 maggio 1991, n. 189, *ivi*, c. 2997, con nota di richiami e osservazioni di V. FERRARI.

vista della realizzazione di quel pluralismo ideologico che essa intende assicurare alla comunità nazionale quale *bonum commune* da difendere e da sviluppare in funzione del rispetto delle ideologie di ciascun gruppo e di ciascun cittadino».

Innanzitutto non può condividersi l'assunto che, nella fattispecie, si ponga un'ipotesi di contrasto tra due diritti, dei quali l'uno solo costituzionalmente garantito, quello della *libertà della scuola*, poiché è invece da ritenere che, come ha riconosciuto la Corte costituzionale e come ha precisato più volte la dottrina<sup>18</sup>, anche la *libertà matrimoniale*, considerata innanzi tutto come libertà di contrarre matrimonio (e la Costituzione non può non fare principalmente riferimento alla forma di matrimonio disciplinata nel codice civile), è un diritto dotato di garanzia costituzionale.

Dovendo poi decidere a quale delle due libertà sia necessario riconoscere priorità è opportuno ribadire quanto già detto nelle pagine precedenti con riferimento al rapporto tra le due libertà nella scuola e della scuola.

4. - La tutela della libertà dei gruppi confessionali non deve risolversi in un sacrificio della libertà degli individui che ne fanno parte come membri, dovendosi guardare con giustificata diffidenza «tutte le costruzioni che sul terreno politico vorrebbero scorgere delle entità la cui protezione possa essere staccata da quella delle persone che le costituiscono», le quali «troppo ricordano certe dottrine intorno ad un bene dello Stato che prescinderebbero del tutto dalla felicità del cittadino, che consentirebbero la potenza dello Stato sul sacrificio del cittadino»<sup>19</sup>.

L'idea che occorre in proposito tener presente è quella della supremazia del valore della libertà del singolo, dell'individuo, rispetto alla libertà dei gruppi sociali; in materia religiosa questo principio si

---

<sup>18</sup> Cfr. sul punto M. BESSONE, *Artt. 30 e 31*, in *Commentario della Costituzione*, cit., p. 137; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1982, p. 869; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1985, p. 55; R. BIAGI GUERRINI, *Famiglia e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 155; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, p. 116 s.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 45.

<sup>19</sup> A.C. JEMOLO, *Premesse ai rapporti tra Chiesa e Stato*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 169.

esprime mediante il riconoscimento di una protezione della libertà individuale maggiore e più intensa rispetto a quella garantita ai gruppi confessionali, con la conseguenza che in ipotesi di conflitto tra il *ius libertatis* di una determinata confessione religiosa e la libertà di religione dei singoli, è il primo diritto che preferibilmente deve subire un sacrificio<sup>20</sup>.

Il problema essenziale dei regimi democratici consiste nella concreta difesa dei diritti di libertà dell'individuo non soltanto nei confronti dello stato ma anche, e soprattutto, nei riguardi delle varie formazioni sociali che, anziché ampliare la sfera delle private autonomie, molto spesso contribuiscono a limitare fondamentali diritti dei cittadini.

Il superamento della concezione dello Stato come unico dispensatore di giustizia tende a facilitare lo sviluppo delle autonomie della società civile: di fronte però all'azione dei vari gruppi sociali, che perseguono con tutto il loro peso la mortificazione delle individualità che li compongono e la compressione delle istanze di libertà dei consociati, occorre evitare che la protezione accordata al gruppo confessionale si traduca nel sacrificio dei diritti individuali di libertà. Da tale premessa deriva la conseguenza che si devono ritenere illecite, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico dello stato, le attività giurisdizionali e disciplinari degli organi professionali che violano i diritti fondamentali dei cittadini.

Anche a proposito delle conclusioni accolte nelle due sentenze qui commentate, occorre dunque sottolineare l'esigenza che i problemi che si pongono in concreto siano valutati alla stregua delle garanzie di libertà del singolo<sup>21</sup>, dovendosi ritenere inammissibile un sistema di relazioni tra la società civile e la società religiosa che non rispetti e garantisca innanzi tutto le libertà fondamentali dei cittadini.

---

<sup>20</sup> Cfr. P. GISMONDI, *L'interesse religioso nella Costituzione*, in *Giur. cost.*, III, 1958, 1221, p. 1235; ID., *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 104; G. CATALANO, *Il diritto di libertà religiosa*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 77; C. MAGNI, *I subalpini e il Concordato. Studio storico-giuridico sulla formazione della legge Siccardi*, Padova, Cedam, 1967, p. 44; S. LARICCIA, *Le garanzie*, cit., p. 434; F. FINOCCHIARO, *Art. 19*, cit., p. 246; C. CARDIA, *La riforma*, cit., p. 184.

<sup>21</sup> Cfr. sul punto L. SCAVO LOMBARDO, *Sulla condizionalità della trascrizione civile del matrimonio canonico alla volontà degli sposi*, in *Foro it.*, 1947, I, cc. 249 ss., spec. c. 251; L. DE LUCA, *Diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 97; F. FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 241.

## *Osservazioni in tema di insegnamento del diritto nel processo di riforma della didattica universitaria\**

SOMMARIO: 1. Alcune recenti iniziative relative al problema dell'insegnamento universitario del diritto. - 2. L'esperienza della partecipazione alla commissione Martinotti. - 3. L'esperienza della partecipazione alla commissione per il reclutamento di 300 uditori giudiziari. - 4. Esigenze da soddisfare e possibili novità da introdurre nella didattica universitaria, in attuazione del principio e del valore dell'autonomia. - 5. Il quadro degli insegnamenti universitari italiani dopo l'accordo della Sorbona a Parigi.

1. Con riferimento all'importante problema della didattica universitaria, stiamo vivendo un periodo di intense trasformazioni, e soprattutto di forti speranze, che possono favorevolmente influire sui metodi del nostro lavoro di insegnamento e di ricerca riguardante il diritto e che inducono a riflettere con attenzione su molti temi in discussione in questi mesi. Sono soltanto illusioni, mi dicono talora i miei amici e colleghi: ma non sono d'accordo con loro; io penso che siano speranze fondate, ed inoltre credo che talvolta anche illudersi possa essere utile.

Vorrei iniziare innanzi tutto con il ricordare che, negli ultimi anni, sono state molte le occasioni che hanno indotto alcuni tra noi a domandarci se non sia finalmente giunto il momento per procedere ad alcune rilevanti innovazioni con riferimento al nostro lavoro di docenti universitari di materie giuridiche.

Ho partecipato anch'io all'incontro svoltosi a Teramo, nei due giorni 26 e 27 gennaio 1996, ed organizzato a cura del collega ed amico Vincenzo Cerulli Irelli. Sono state due giornate di intenso lavoro e di grande interesse nelle quali abbiamo ascoltato e poi discusso le relazioni presentate dai colleghi Margherita Raveraira, Giuseppe Ugo Rescigno, Domenico Sorace, Giuseppe Ferrari, Federico Spantigati, Francesco Merloni, Marco Cammelli e Orlando Roselli, che hanno

---

\* In *Per una riflessione sulla didattica del diritto (con particolare riferimento al Diritto pubblico)*, a cura di V. CERULLI IRELLI e O. ROSELLI, Diritto e società, Milano, Franco Angeli, 2000, pp. 269-76.

presentato rispettivamente le seguenti molto interessanti relazioni: «Il problema della valutazione della didattica»; «L'identità del giurista di base e il suo apparato conoscitivo necessario»; «L'insegnamento per discipline giuridiche e/o per "aree" e le questioni applicative della "tabella"»; «L'insegnamento per "metodologie" e per "problematiche": la comparazione, la storia, l'interpretazione, l'analisi dei casi»; «La sistematicità nella didattica del diritto: secondo norme e secondo valori»; «L'insegnamento del diritto nelle Facoltà e nelle scuole non giuridiche»; «Insegnamento di base ed esigenze di specializzazione: verso 4 anni effettivi di corso e 2 anni di specializzazione?»; «Esperienze di formazione giuridica in Europa».

Non è stata certo questa la prima occasione nella quale un gruppo di docenti di buona volontà si sono incontrati per riflettere sulle comuni esperienze e per indicare possibili innovazioni da proporre ai colleghi: un primo incontro dedicato alla didattica del diritto pubblico si era svolto, sempre a Teramo, nei due giorni 27 e 28 gennaio 1995, nei quali si era ritenuto necessario avviare una riflessione sistematica sulla crisi del sistema di formazione giuridica universitaria<sup>2</sup>.

In precedenza, il 28 e 29 ottobre 1994, organizzato dalla locale facoltà di giurisprudenza, in collaborazione con la commissione delle comunità europee, si era svolto a Metz un incontro su la «Formazione giuridica nell'Europa di domani», con la partecipazione di 180 giuristi delle università e delle professioni, provenienti da 16 paesi. Il dibattito si era articolato nelle seguenti tre sessioni: «I sistemi nazionali d'insegnamento e di formazione giuridica»; «Le nuove esigenze legate all'esercizio delle professioni giuridiche»; «Insegnamento e formazione. Riflessioni per dei nuovi orientamenti».

È sufficiente considerare gli argomenti esaminati nelle varie relazioni più sopra ricordate per rendersi conto di quali aspetti importanti e complessi sia necessario approfondire con riferimento al tema della didattica del diritto nel momento presente.

2. Dal febbraio 1997 è iniziato per me un periodo di appassionata partecipazione ad un gruppo di lavoro incaricato dal ministro per

---

<sup>2</sup> Cfr. O. ROSELLI, «Per una riflessione sulla didattica del diritto. Primo incontro dedicato alla didattica del diritto pubblico (Teramo, 27-28 gennaio 1995)», in *Panorami*, 1995, n. 7, pp. 488-99.

l'università e la ricerca scientifica Luigi Berlinguer di esaminare il problema dell'autonomia didattica e dell'innovazione dei corsi di studio universitario e post-universitario: è un lavoro che prosegue tuttora e che mi ha consentito di lavorare con persone di diversa formazione rispetto a quella di un giurista ma di grande competenza nella valutazione dei problemi riguardanti la didattica universitaria.

Come si legge nel decreto istitutivo emesso dal ministro l'11 febbraio 1997, si era infatti ravvisata l'esigenza di nominare un gruppo di lavoro finalizzato ai seguenti obiettivi:

1. verifica dello stato di attuazione della legge 341/1990 di riforma degli ordinamenti didattici universitari, delle esperienze realizzate e dei problemi emersi con particolare riferimento ai diplomi universitari, nonché delle ragioni che hanno determinato il tendenziale allungamento dei corsi di studio;

2. analisi e previsione del fabbisogno formativo di livello universitario e post-universitario e proposte per il riordino complessivo dell'istruzione terziaria, con particolare riferimento alle esigenze di innovazione e diversificazione della didattica, nel quadro della prevista autonomia didattica degli atenei, al fine soprattutto di ridurre il tasso di abbandono degli studi universitari;

3. individuazione dei "criteri generali" per l'attuazione dell'autonomia didattica delle università, con particolare riferimento alle esigenze di assicurare l'omogeneità del livello culturale della preparazione universitaria e professionale sul territorio nazionale, la mobilità degli studenti tra gli atenei, il rispetto della normativa e delle equipollenze in ambito comunitario, nonché la più ampia informazione sugli ordinamenti degli studi.

La commissione presieduta dal collega prof. Guido Martinotti ha svolto i suoi lavori dal febbraio all'ottobre 1997, quando è stato consegnato al ministro un rapporto finale<sup>3</sup> che ha suscitato un dibattito

---

<sup>3</sup> Vedilo pubblicato in *Università e ricerca*, 7 (1997), n. 6, con il titolo «Autonomia didattica nel sistema universitario»: nello stesso fascicolo sono pubblicati, oltre ad una introduzione del ministro Berlinguer sul tema «L'autonomia didattica: un metodo per la riforma dell'università italiana» (ivi, p. 2), altri scritti che possono interessare. Ricordo in particolare i seguenti: M. CALLARI GUIDI, «I crediti didattici nel sistema universitario» (ivi, pp. 3-4); L. GUERZONI, «Autonomia didattica. Il quadro normativo di riferimento» (ivi, pp. 5-6); G. MARTINOTTI, «Le prospettive dell'autonomia didattica»; G. AMATO, «Autonomia

sulla stampa quotidiana e nelle sedi universitarie<sup>4</sup>. In particolare merita di essere ricordato il convegno organizzato a cura della conferenza dei rettori delle università italiane e svoltosi a Roma, nell'aula magna dell'università di Roma Tor Vergata, nei giorni 1 e 2 aprile 1998: gli atti del convegno sono stati rapidamente pubblicati in un volume che si presenta, a mio avviso, di grande interesse per la valutazione di molti problemi della didattica universitaria.

Non ho certo intenzione in questo scritto di riprendere in esame tutti gli aspetti, complessi e variegati, di una relazione che ha affrontato con impegno il problema delle possibili novità che si possono prevedere nelle nostre strutture didattiche in attuazione del principio (e del valore) dell'autonomia come metodo di lavoro e di riforma. Ero l'unico professore di discipline giuridiche facente parte della commissione e, avendo insegnato, prima il diritto ecclesiastico, poi il diritto amministrativo, per circa vent'anni nelle facoltà di giurisprudenza di Modena, Cagliari, Urbino e Perugia e per quasi quindici anni nella facoltà di scienze politiche di Roma, ho fatto quanto era nelle mie possibilità per cercare di riferire ai colleghi del gruppo di lavoro le esigenze peculiari collegate alla didattica riguardante il diritto nelle tre facoltà nelle quali sono presenti insegnamenti di diritto che sono, com'è noto, quelle di giurisprudenza, scienze politiche ed economia e commercio.

Ricordo che, con riferimento all'insegnamento del diritto, era presente al convegno organizzato a cura della conferenza dei rettori di Roma dell'aprile scorso, il presidente della conferenza dei presidi

---

sì, ma responsabile»; L. BALBO, «Verso una cultura non banalmente "neutra"»; P. BLASI, «Università: una riforma per l'Europa»; E.M. MILIC, «Le aspettative degli studenti»; A. PANEbianco, «Un valido inizio, ma sono necessari alcuni chiarimenti»; P. SCOPPOLA, «Autonomia e responsabilità: premessa di riforma»; F. VINCELLI POMMIER, «Giovani studiosi: la leva delle riforme»; U. LINDNER, «I nuovi indicatori OCSE per l'istruzione terziaria»; G. LUZZATTO, «Studenti e professori: qualche dato quantitativo».

<sup>4</sup> La mia presenza nella commissione Martinotti ha indotto alcuni colleghi di facoltà diverse dalla mia a chiedermi di partecipare a consigli di facoltà o ad incontri organizzati con l'intento di affrontare i problemi posti e le soluzioni formulate dal gruppo di lavoro: ricordo in particolare nel marzo scorso la partecipazione ai consigli della facoltà di giurisprudenza di Trento e della facoltà di scienze politiche della Luiss di Roma e, nel luglio, all'incontro con professori delle facoltà di giurisprudenza, scienze politiche ed economia e commercio dell'università di Cagliari. Voglio qui pubblicamente ringraziare i colleghi Roberto Toniatti, Gianni De Martin e Gianni Duni che hanno organizzato tali iniziative e coloro che vi hanno partecipato.

delle facoltà di Giurisprudenza, prof. Padoa Schioppa, il quale nel suo intervento ha innanzi tutto sottolineato l'esigenza di incentivare un percorso di studi più breve dell'attuale, tendente a ricondurre a quattro anni effettivi la durata del corso di laurea per un numero maggiore di studenti. Questo intento, ha dichiarato Padoa Schioppa, è stato condiviso dalla conferenza dei presidi delle facoltà di giurisprudenza, riunita a Roma il 14 marzo 1998, e l'obiettivo di «completare in tempi più brevi rispetto ad oggi il ciclo di studi per la laurea» viene favorito con la proposta di ridurre considerevolmente il numero delle annualità – che scenderebbero dalle 26 annualità attuali sino ad un minimo di 21 annualità – in pari tempo mettendo in opera strategie di riduzione quantitativa dei programmi d'esame in vista di un miglioramento qualitativo della preparazione, nella consapevolezza che «le esigenze della formazione del giurista in effetti impongono ormai – anche nella prospettiva europea, divenuta cogente anzitutto sul terreno del diritto dell'economia – di mirare ad un corso di studi, volto ad addestrare i discenti alla capacità di ragionare con rigore giuridico su norme e regole del più diverso tenore, piuttosto che al mero possesso di nozioni, che pure sono naturalmente indispensabili»<sup>5</sup>.

3. - Un'altra recente mia esperienza voglio qui riferire, perché mi ha consentito di acquisire nuove convinzioni relative alle esigenze dello studio e dell'insegnamento del diritto: mi riferisco alla mia partecipazione alla commissione di concorso per esami per uditore giudiziario indetto con d.m. 7 ottobre 1995: è un'esperienza che mi ha impegnato in un lavoro molto pesante nel lungo periodo compreso tra il febbraio 1996 e il luglio 1998, quando sono stati firmati i verbali relativi al concorso.

Per questo concorso le domande di partecipazione presentate dai candidati hanno raggiunto il numero di 12.780, anche se, come al solito, il numero dei concorrenti effettivi è stato sensibilmente inferiore, in quanto la prova di diritto civile (svoltasi il 28 febbraio 1996) è stata affrontata da n. 5.787 candidati, mentre quelle di diritto amministrativo

---

<sup>5</sup> Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, «La riforma del corso di laurea in giurisprudenza», in *Il valore dell'autonomia. L'autonomia didattica per una nuova Università*, Atti del convegno della Conferenza dei Rettori delle Università italiane (Roma, 1-2 aprile 1998), a cura di G. Mosconi e E. Stefani, CRUI documenti, n. 6, pp.159-61.

e di diritto penale (svoltesi nei giorni immediatamente successivi) sono state rispettivamente completate da n. 5.152 e da n. 2.798 candidati. L'elevata partecipazione al concorso ha determinato non pochi inconvenienti pratici sui quali non è questa la sede per riferire: come è noto, nuove disposizioni sono state successivamente emanate con il d.l. 17 novembre 1997, n. 398 e l'approvazione di questa novità legislativa deve indurre a meditare sulle modalità di organizzazione delle scuole biennali post-laurea, il cui successo è ovviamente legato alla designazione di docenti di elevate capacità didattiche.

A proposito di queste nuove disposizioni, vorrei qui esprimere il mio giudizio critico sulla novità consistente nel ridurre (da due a uno) la necessaria presenza dei docenti in ciascuna seduta: sono convinto che la presenza di due professori universitari in ciascuna seduta sarebbe stata una migliore soluzione perché i docenti universitari hanno, diversamente dai magistrati componenti le commissioni, una peculiare esperienza relativa alla valutazione delle prove scritte ed orali dei candidati e, se non altro per questo importante motivo, sarebbe stato preferibile garantire una loro presenza maggiore rispetto a quella stabilita dal legislatore.

Perplexità continua a suscitare la scarsa importanza attribuita, nella previsione delle discipline oggetto d'esame, alla prova di diritto costituzionale, che è stata ulteriormente ridimensionata rispetto al passato, considerando che il diritto costituzionale in precedenza costituiva materia d'esame orale insieme al diritto amministrativo, mentre, a seguito delle recenti innovazioni, vi sarà, per le discipline tradizionalmente ritenute di "diritto pubblico", un'unica prova orale comprendente il diritto costituzionale, il diritto amministrativo e il diritto tributario.

Durante il lavoro di correzione degli elaborati scritti, ho potuto confermare la consapevolezza di quanto sarebbe per tutti noi necessario impegnarci all'università per aiutare gli studenti a migliorare le loro capacità di scrivere in modo corretto ed efficace: il che mi consente di ribadire la mia convinzione che, accanto al ciclo delle nostre lezioni universitarie, sarebbe necessario prevedere attività seminariali intese a perseguire l'obiettivo di fare scrivere gli studenti molto di più di quanto attualmente avvenga<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Per uno scambio di notizie su interessanti esperienze didattiche sulla gestione dei

È uno dei problemi fondamentali del miglioramento della didattica universitaria: abituare a parlare in pubblico, con terminologia corretta ed efficace; educare a scrivere su argomenti giuridici; stimolare alla ricerca ed insegnare ad utilizzare gli strumenti per la ricerca bibliografica e per la consultazione dei codici e delle raccolte normative. Sono obiettivi da perseguire con costanza ed impegno, pur essendo consapevoli, tuttavia, di quali e quante siano le difficoltà che ostacolano la soddisfazione di queste esigenze di essenziale importanza per il miglioramento degli studi universitari del diritto.

4. - Il primo atto ufficiale che, da parte del ministero, è seguito alla conclusione dei lavori della commissione Martinotti ha riguardato la preparazione e l'invio (in data 16 giugno 1998) ai rettori delle università, ai direttori degli istituti universitari e ai direttori amministrativi di una «nota di indirizzo» del ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, «che segna l'avvio del processo» di riforma.

Penso che possa essere utile riportare qui l'indicazione sintetica degli obiettivi che erano stati formulati e proposti dalla commissione presieduta da Guido Martinotti e che sono stati indicati nella nota di indirizzo.

Gli obiettivi dell'autonomia didattica si possono sintetizzare nei seguenti punti:

- rafforzamento della correlazione tra ricerca e didattica universitaria;
- riduzione della durata reale dei corsi, da far corrispondere alla durata legale;
- aumento dell'efficienza didattica e conseguente riduzione degli abbandoni, anche attraverso il sostegno e il potenziamento delle iniziative in materia di orientamento e di tutorato;
- realizzazione di effettive e sistematiche opportunità di formazione permanente e ricorrente;
- costante monitoraggio e valutazione della qualità didattica, anche con ampia partecipazione degli studenti;

---

corsi, cfr. quanto ricorda O. ROSELLI, «Per una riflessione sulla didattica del diritto», cit., p. 496, il quale giustamente condivide il giudizio di Guido Clemente che sottolinea come l'università trascura questo importante compito dei docenti delle scuole di ogni ordine e grado.

- promozione dell'innovazione, con previsione di *curricula* che facilitino il costante adeguamento dell'offerta formativa ai processi sociali ed economici, operando anche trasversalmente rispetto alle tradizionali suddivisioni, con conseguente possibilità di sostituire in tutto o in parte percorsi obsoleti;
- introduzione di un sistema generalizzato di crediti didattici e modularità degli insegnamenti;
- internazionalizzazione dei corsi degli studi e loro armonizzazione nel contesto europeo, così da assicurare il riconoscimento internazionale dei nostri titoli di studio e la piena mobilità dei nostri laureati nell'ambito comunitario;
- trasparenza degli impegni rispettivi degli atenei e degli studenti, anche mediante la prefigurazione di percorsi concordati, nel quadro di un'accresciuta autonomia e responsabilizzazione degli stessi studenti.

5. - Di recente si è posto anche il problema di tenere conto della novità consistente nel c. d. accordo della Sorbona.

Era prevedibile che il perseguimento degli obiettivi indicati dalla commissione Martinotti e condivisi dal ministro Berlinguer dovesse avvenire nel quadro della progressiva armonizzazione del nostro sistema universitario, dei percorsi degli studi e dei relativi titoli con gli indirizzi che vanno emergendo in ambito internazionale, e soprattutto comunitario, in relazione sia alla convenzione approvata nel 1997 a Lisbona sul riconoscimento dei titoli di studio, sia all'attuazione dell'art. 126 del trattato di Maastricht e alla connessa costruzione di uno «spazio educativo europeo», prevista dal progetto dell'«Agenda 2000» nel documento «Per un'Europa della conoscenza».

Il processo di riforma trova ora un nuovo riferimento, coerente con gli obiettivi sopra indicati, nella dichiarazione congiunta su «L'armonizzazione dell'architettura dei sistemi di istruzione superiore in Europa», sottoscritta a Parigi, all'università della Sorbona, il 25 maggio 1998 dai ministri per l'università di Francia, Germania, Gran Bretagna e Italia.

In tale circostanza i 4 ministri competenti di Francia, Germania, Gran Bretagna ed Italia hanno emesso una dichiarazione congiunta, che pone il problema di prevedere una «architettura» del sistema universitario italiano coerente con l'ottica dell'armonizzazione europea.

È da ritenere che la più esatta interpretazione del documento dei

ministri riuniti alla Sorbona porti al seguente sistema, come requisito per il mutuo riconoscimento:

1° ciclo di tre anni, seguito da un 2° ciclo (+ due anni); si aggiunge poi il 3° ciclo, anch'esso in serie (+ 3 anni per il dottorato): per la verità, la durata in anni dei cicli non appare esplicitamente nell'accordo di armonizzazione, ma si deduce da altri documenti che sono "circolati" nelle ultime settimane.

La definizione dei criteri generali della c.d. armonizzazione europea è un aspetto della riforma universitaria che pone problemi di non facile soluzione. Ad avviso del ministro Berlinguer «la definizione dell'architettura generale del nostro sistema universitario, all'interno del nuovo quadro europeo, costituisce la premessa dei decreti attuativi della legge n. 127/1997 e sarà oggetto di un'apposita nota di indirizzo, che sarà emanata nei prossimi mesi».

## *Una Costituzione avanzata\**

Il 5 novembre 1848, sulla scala del palazzo della Cancelleria in Roma, ove avevano sede le camere legislative, veniva pugnalato a morte il conte Pellegrino Rossi, ministro di Pio IX, che, pochi giorni dopo, il 24 novembre, fuggiva da Roma e si rifugiava a Gaeta.

Il 5 febbraio 1849 si adunava solennemente, nello stesso palazzo della Cancelleria, l'assemblea costituente romana eletta il 24 gennaio. Dalle discussioni in assemblea emerse con chiarezza l'intento di far nascere una repubblica democratica, anzi, come si disse, "democratica pura", aperta alla totalità dei cittadini. Le soluzioni adottate su tutte le questioni essenziali dimostrano che la repubblica romana e la sua costituzione, nata nel momento stesso in cui la repubblica moriva sotto il fuoco delle armi francesi, costituivano l'esperimento più avanzato di democrazia fra tutti quelli prodotti nel corso del risorgimento italiano: giudizio condiviso da uno storico del valore di Giorgio Candeloro, il quale ha osservato: «La Repubblica romana rappresentò la punta più avanzata della rivoluzione quarantottesca in Italia anche per la Costituzione che l'Assemblea romana volle proclamare solennemente... per lasciare all'Italia una testimonianza del proprio ideale democratico», «una Costituzione... che fu ... la più avanzata in senso democratico di tutte le costituzioni italiane del Risorgimento».

Il lavoro dell'assemblea costituente si svolse dal febbraio al luglio dell'anno 1849 e la carta costituzionale approvata a conclusione dei lavori assembleari costituì il risultato di un dibattito vivissimo e di particolare approfondimento, soprattutto con riferimento ad alcuni temi, un dibattito che assume tuttora grande interesse, se si considerano le difficili condizioni ambientali nelle quali esso potette svolgersi, nel costante timore di un intervento armato inteso a interrompere il proseguimento dei lavori.

Il primo paragrafo – «La sovranità è per diritto eterno nel Po-

---

\* In *Critica liberale*, 7, 2000, n. 58, pp. 27-29.

polo. Il Popolo dello Stato romano è costituito in repubblica democratica – afferma il principio della sovranità popolare ed enuncia il carattere democratico della Repubblica romana. La disposizione rivela la consapevolezza che i costituenti della Repubblica romana avevano dell'importanza di ritenere collegati il principio repubblicano e quello democratico: tale norma non potrebbe essere valutata in tutto il suo significato se non venisse inquadrata in quel complesso di principi che formano il diritto comune degli stati democratici contemporanei.

Il secondo paragrafo della costituzione romana contiene l'enunciazione «Il regime democratico ha per regola l'eguaglianza, la libertà, la fraternità. Non riconosce titoli di nobiltà, né privilegi di nascita o casta». Tale disposizione rivela la giusta preoccupazione che, nel compito, svolto dall'assemblea costituente, di previsione delle norme fondamentali del nuovo ordinamento, si tenesse costantemente presente la situazione concreta nella quale l'assemblea si trovava ad operare.

Il terzo paragrafo contiene il seguente principio: «La Repubblica colle leggi e colle istituzioni promuove il miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti i cittadini». L'obiettivo della promozione del miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti i cittadini e l'affidamento di tale impegno non al solo legislatore, ma a tutte le istituzioni della repubblica, in quanto le leggi non sono sufficienti e un ruolo di primaria importanza deve essere riconosciuto alle pubbliche amministrazioni e ad ogni istituzione (per esempio alle autonomie locali), esprimono concezioni di autentico spirito democratico e di accentuata modernità per il periodo nel quale vennero previste.

Il quarto principio, che venne approvato senza alcuna discussione, stabilisce: «La Repubblica riguarda tutti i Popoli come fratelli: rispetta ogni nazionalità: propugna l'italiana». Si tratta di un principio sostenuto con forza da Giuseppe Mazzini, che ribadisce la regola fondamentale della fraternità, già contenuta nel secondo paragrafo, e afferma l'impegno di rispetto per ogni nazionalità e di realizzazione dell'unità d'Italia.

Il quinto principio, che riguarda i comuni dello stato romano, risulta così formulato: «I Municipi hanno tutti eguali diritti: la loro indipendenza non è limitata che dalle leggi di utilità generale dello Stato». È un principio di grande importanza e attualità, considerando la

centralità che i problemi delle autonomie locali e del ruolo assegnato ai comuni nel processo di formazione dello stato autonomista assumono nell'organizzazione dei poteri pubblici di uno stato democratico.

Il sesto principio si riferisce anch'esso al tema delle autonomie locali e stabilisce che «La più equa distribuzione possibile degli interessi locali, in armonia coll'interesse politico dello Stato, è la norma del riparto territoriale della Repubblica». Anche tale disposizione esprime una moderna tendenza di equo temperamento fra l'interesse politico dell'ente stato e gli interessi rappresentati dalle autonomie locali, sulla base del principio democratico della più equa distribuzione possibile degli interessi locali che deve rappresentare la regola della ripartizione territoriale della repubblica.

I due ultimi paragrafi degli otto principi fondamentali riguardano la complessa questione della materia religiosa e di quella ecclesiastica. Il settimo principio stabilisce solennemente che «Dalla credenza religiosa non dipende l'esercizio dei diritti civili e politici»: si tratta, come è evidente, di un fondamentale diritto di libertà e di uguaglianza in materia religiosa, e dunque di un principio caratteristico degli ordinamenti democratici. Nella legislazione dell'Italia liberale il principio era stato previsto da una legge approvata il 19 giugno 1848, subito dopo l'approvazione dello statuto albertino del 4 marzo dello stesso anno, che contemplava, all'art.1, il principio della religione cattolica, apostolica, romana come sola religione dello stato.

E evidente l'importanza di un principio secondo il quale l'esercizio dei diritti civili e politici, quelli che oggi definiamo i diritti privati e pubblici, non avrebbe potuto dipendere dalla credenza religiosa dei cittadini; si tratta di una fondamentale conquista derivante, negli ordinamenti democratici moderni, dal regime di separazione tra l'ordine civile e l'ordine religioso.

L'ottavo paragrafo dei principi fondamentali riguarda la questione delle garanzie da riconoscere al sommo pontefice e stabilisce in particolare che «Il Capo della Chiesa Cattolica avrà dalla Repubblica tutte le guarentigie necessarie per l'esercizio indipendente del potere spirituale». Questo principio, che era già stato formulato nel decreto fondamentale che istituiva la repubblica romana, contiene una norma di particolare importanza sia per quel che dice che per quel che non dice, in quanto il testo poi approvato non comprende l'affermazione, contenuta invece nel progetto, «La religione cattolica è la religione

dello Stato»: un principio che è invece rimasto in vigore in Italia dalla formazione dell'Unità fino al 1984 (patto di villa Madama).

Le norme sui diritti e doveri dei cittadini, contenute negli artt. 1-14 della costituzione della repubblica romana, sono tutte collegate alle prospettive di sviluppo di una società democratica e, in particolare, riguardano la cittadinanza della repubblica (artt. 1-2), l'inviolabilità delle persone e delle proprietà (art. 3), il divieto di arresto per motivi diversi dalla flagranza di delitto o per mandato del giudice, il principio del giudice naturale (art. 4), l'abolizione delle pene di morte e di confisca (art. 5), l'inviolabilità del domicilio (art. 6), la libertà di manifestazione del pensiero e la previsione della punizione per legge dell'abuso «senza alcuna censura preventiva» (art. 7), la libertà di insegnamento e l'affidamento alla legge della definizione delle condizioni relative alla moralità e capacità per gli aspiranti insegnanti (art. 8), l'inviolabilità del segreto epistolare e la libertà di corrispondenza (art. 9), il diritto individuale e collettivo di petizione (art. 10), la libertà di associazione «senza armi e senza scopo di delitto» (art. 11), l'appartenenza di tutti i cittadini alla guardia nazionale «nei modi e colle eccezioni fissate dalla legge» (art. 11), la previsione dell'espropriazione soltanto per pubblica utilità e previa giusta indennità (art. 13), l'affidamento al legislatore del compito di determinare le spese pubbliche e dei modi di contribuirvi, con la previsione che nessuna tassa avrebbe potuto essere imposta se non per legge, né percetta per tempo maggiore di quello dalla legge determinato (art. 14).

Con riferimento all'organizzazione, ricordo la norma dell'art. 15, che, con la formula «Ogni potere viene dal Popolo. Si esercita dall'Assemblea, dal Consolato, dall'Ordine giudiziario», ribadisce il principio della sovranità popolare e, pur non affermandolo esplicitamente, stabilisce la regola della separazione dei poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario), che vengono assegnati rispettivamente all'assemblea, al consolato e all'ordine giudiziario.

Un vivo dibattito suscitò la questione della definizione, poi approvata, del voto popolare come voto pubblico (art. 20): può oggi suscitare perplessità il principio del voto pubblico stabilito come regola generale, ma devo dire che colpiscono la determinazione ed il rigore con i quali soprattutto il Saliceti si impegnò nel dibattito dell'assemblea per dimostrare la superiorità del voto pubblico rispetto a quello segreto.

Particolare rilievo, nelle disposizioni relative all'assemblea, as-

sumono la regola, stabilita nell'art. 18, della incompatibilità fra il mandato elettivo e la funzione pubblica di nomina dell'esecutivo e il principio che attribuisce all'assemblea, oltre al potere legislativo, anche quello di decidere della pace, della guerra e dei trattati (art. 29).

A proposito del titolo IV, riguardante il consolato e il ministero, è da ricordare che la proposta di istituire un "tribunato", che doveva provvedere alla garanzia delle leggi fondamentali della repubblica, non ottenne il consenso della maggioranza dei componenti l'assemblea ed anzi sollevò molte critiche da parte di chi nel dibattito espresse il timore che, anziché ottenere i risultati perseguiti dalla commissione proponente, il tribunato potesse trasformarsi da garante della legittimità costituzionale in organo prevaricatore del consolato e dell'assemblea. Tali critiche portarono alla soppressione del tribunato.

Con riferimento al potere giudiziario, infine, era stabilito che la «La giustizia è amministrata in nome del popolo» e che «I giudici nell'esercizio delle loro funzioni non dipendono da altro potere dello Stato»: principi di grande importanza, considerando il rilievo che la questione della indipendenza dei giudici assume in ogni ordinamento democratico. In proposito le disposizioni sulla magistratura previste nella costituzione della repubblica romana presentano aspetti di singolare modernità.

La carta costituzionale della repubblica romana può ritenersi la costituzione più ardita e più democratica del nostro Ottocento. Nel confronto con le esperienze costituzionali successive a quella dell'assemblea costituente della repubblica romana, meritano una particolare menzione sia la previsione di un'assemblea di revisione, dotata del potere di adottare le modifiche richieste, sia la natura di costituzione rigida che deve essere sicuramente riconosciuta al testo costituzionale del 1849: anche per questa parte i costituenti della Repubblica romana seppero indicare soluzioni di grande interesse per la studio della storia costituzionale e per il lavoro dei costituenti del futuro.

A distanza di centocinquanta anni da quando la costituzione della repubblica romana venne approvata, penso sia giusto esprimere vivo apprezzamento e gratitudine nei confronti di coloro che, operando con impegno e passione, in condizioni di particolari difficoltà, sono stati capaci di indicarci una meta degna di essere perseguita: l'avvento di uno stato democratico che:

- affidi a una carta costituzionale il valore di essenziale riferi-

mento per il riconoscimento e la realizzazione delle garanzie di tutti i cittadini nell'esperienza della concreta vita sociale;

- attui il principio della sovranità popolare, come metodo di vita della società democratica;

- disconosca ogni forma di privilegio;

- promuova il miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti, realizzando tale obiettivo in coerenza con le nuove frontiere della cittadinanza nell'attuale momento storico;

- rispetti ogni nazionalità e ogni differenza etnica e linguistica;

- riconosca le autonomie locali, pur affermando le esigenze dei limiti rappresentati dall'interesse generale espresso dalle leggi dello stato;

- garantisca a tutti, credenti e non credenti, l'esercizio dei diritti pubblici e privati, quelli che, nella terminologia dell'ottocento, venivano definiti come diritti civili e politici;

- assicuri al Papa la garanzia dell'esercizio indipendente del potere religioso, come ai rappresentanti delle altre numerose confessioni religiose il libero esercizio del potere spirituale, impedendo però che l'esercizio di tali libertà comporti indebite ingerenze nell'esercizio del potere civile;

- contrasti ogni forma di clericalismo e persegua l'obiettivo di una piena separazione tra l'ordine civile e l'ordine religioso, nella convinzione che la libertà e l'eguaglianza dei singoli e dei gruppi possano essere assicurati soltanto da istituzioni capaci di reagire a condizionamenti confessionali;

- promuova l'impegno per una legislazione di diritto comune capace di garantire, in conformità ai principi contenuti nella costituzione repubblicana e democratica, i diritti di libertà e di eguaglianza dei singoli e dei gruppi in materia religiosa.

## *Leggi sulla base di intese e garanzie di libertà religiosa\**

### *1. Politica concordataria e regime delle intese*

Il 20 marzo 2000 due nuove intese sono state stipulate dal governo italiano, rispettivamente con la congregazione cristiana dei testimoni di Geova e con l'unione buddhista italiana, e si è in attesa dell'approvazione delle due leggi da emanarsi ai sensi dell'art. 8, comma 3, cost. Queste due intese si aggiungono alle altre sei stipulate negli ultimi anni e approvate con legge dello stato: l. 11.8.1984, n. 449, con le chiese rappresentate dalla tavola valdese, e l. (di modifica) 5.10.1993, n. 409; l. 22.11.1988, n. 516 con l'unione italiana delle chiese cristiane avventiste e l. (di modifica) 20.12.1996, n. 637; l. 22.12.1988, n. 517, con le assemblee di Dio in Italia; l. 8.3.1989, con l'unione delle comunità ebraiche italiane, e l. (di modifica) 20.12.1996, n. 638; l. 12.4.1995, n. 116 con l'unione cristiana evangelica battista d'Italia; l. 29.11.1995, n. 520, con la chiesa evangelica luterana in Italia.

Ho avuto più volte occasione di esprimere l'opinione che i concordati non costituiscono, nelle società democratiche, strumenti idonei a disciplinare i rapporti tra stati e chiese e che, in Italia, un semplice aggiornamento dei patti del 1929 sarebbe risultato inadeguato a soddisfare le fondamentali esigenze dell'eguale libertà dei cittadini e dei gruppi sociali in materia religiosa e dell'imparzialità dello stato in tale materia; sarebbe stato preferibile che lo stato italiano, dopo il 1948, si orientasse a favore dell'applicazione del diritto comune, in primo luogo delle disposizioni generali del diritto costituzionale in materia religiosa.

Politica concordataria e regime delle intese sono argomenti collegati, considerando che, quando si è deciso di concludere la lunga vicenda della revisione concordataria, un fattore che ha influito sull'orientamento in tal senso degli organi statali è stato rappresen-

---

\* In *Foro italiano*, 125, 2000, 5, cc. 273-9.

tato dalla disponibilità a favore della politica delle intese da parte dei rappresentanti di alcune confessioni religiose diverse dalla cattolica (cfr. BELLINI, *La tentazione concordataria*, in *il tetto*, 1980, 270).

I concordati e le intese fanno comunque parte del nostro ordinamento giuridico e purtroppo non è prevedibile una loro abrogazione a breve distanza di tempo, per cui le scelte del passato devono condizionare gli orientamenti del futuro: nuove intese possono essere dunque necessarie, soprattutto se riguardano confessioni favorevoli a impostare i rapporti con lo stato in una prospettiva che non implichi richiesta di privilegi o assunzione di poteri sulle coscienze individuali e sulle strutture della società.

Le due intese di recente stipulate contengono sia disposizioni generali in materia di libertà religiosa, che applicano i principi costituzionali sulle libertà, sia specifiche disposizioni che garantiscono l'esercizio di tali libertà agli aderenti alle due confessioni: diritto all'assistenza spirituale da parte di propri ministri di culto negli ospedali e negli istituti di pena, diritto di non avvalersi di insegnamenti religiosi, riconoscimento degli effetti civili ai matrimoni religiosi per i testimoni di Geova, estensione alle due confessioni del sistema dei rapporti finanziari tra lo stato e le confessioni religiose previsto dalla l. 20.5.1985, n. 222, previsione della cessazione di efficacia e di applicabilità della l. 24.6.1929, n. 1159 e del r.d. 28.2.1930, n. 289.

## 2. *La congregazione cristiana dei testimoni di Geova e l'unione buddhista italiana nell'esperienza giuridica italiana*

Non potendo qui considerare i singoli punti oggetto di disciplina concordata (cfr. COLAIANNI, *Le intese con i buddhisti e i testimoni di Geova*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2000, n. 2, 513), mi limito a esaminare solo alcuni aspetti più problematici.

Una prima considerazione riguarda la particolare situazione delle due confessioni nella storia e nella società del nostro paese.

Per quanto riguarda i buddhisti, va ricordata la difficoltà di riconoscere come confessioni religiose e di applicare quindi le norme ad esse relative nei confronti di istituzioni che soltanto in minima parte svolgono riti, in quanto il buddhismo esercita come unica attività religiosa quella dell'insegnamento e sostanzialmente si disinteressa

della divinità. Per la congregazione cristiana dei testimoni di Geova, non si possono dimenticare l'atteggiamento repressivo delle autorità fasciste (nota è la circolare del ministro dell'interno del 9 aprile 1935), e, dopo l'entrata in vigore della costituzione, l'azione dei pubblici poteri contrastante con l'esercizio di libertà da parte dei rispettivi aderenti, sul fondamento di motivi collegati alla asserita disobbedienza alle leggi e alla affermata sussistenza di possibili conflitti di lealtà determinati dall'appartenenza alla confessione.

Per ambedue le confessioni il merito di avere contribuito alla soluzione di molti problemi e di avere favorito il loro riconoscimento come confessioni religiose va attribuito al consiglio di stato che, con i due pareri favorevoli del 30.7.1986, n. 1390 e 29.11.1989, n. 2158, ha portato all'emissione, rispettivamente, del d.p.r. 22.12.1986, n. 783 e del d.p.r. 3.1.1991. Nel primo parere si stabilì la fondamentale distinzione fra attività illecite dei singoli e dell'associazione, precisando che «le responsabilità penali dei singoli non comportano un giudizio di illiceità dei fini associativi» e che la liceità associativa «non esclude affatto la responsabilità personale per i reati commessi dai singoli associati», in conformità a quanto stabilito dalla corte costituzionale con la sentenza n. 59 del 1958; nel secondo parere il consiglio di stato ha affermato che «la circostanza che un'istituzione non svolga riti o li svolga in minima parte non vale a restringere il campo di applicabilità delle disposizioni in tema di erezione in ente morale degli istituti di culti diversi dal cattolico».

### *3. Opposizione alle intese e pregiudizi per il riconoscimento delle libertà di religione*

Non sono mancati i tentativi volti a contestare la decisione di prevedere una disciplina legislativa che recepisca il contenuto delle due intese, nei confronti della quali sono state espresse perplessità anche nel consiglio dei ministri che poi le ha approvate.

Occorre però domandarsi se le ragioni addotte da parte di chi si propone di ostacolare la procedura di approvazione delle due intese non costituiscano ingiustificati pregiudizi, che, come tali, non devono ostacolare il raggiungimento dell'obiettivo – la legge statale di approvazione dell'intesa – che, come si è visto, altre sei confessioni

religiose di minoranza hanno già ottenuto negli anni compresi tra il 1984 e il 1995.

Riguardo all'intesa con i testimoni di Geova si fa, tra l'altro, riferimento ai seguenti aspetti problematici: insussistenza di una confessione religiosa; diritto di voto; servizio militare; diritto all'integrità fisica.

A mio avviso nessuno di questi profili può giustificare la mancata approvazione della legge da emanare ai sensi dell'art. 8, comma 3, cost.

Che la congregazione cristiana dei testimoni di Geova costituisca una confessione religiosa può dedursi, oltre che dagli orientamenti della dottrina sull'argomento e da molte delibere dell'amministrazione, dalla giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo (caso *Kokkinakis c. Grecia*, 25.5.1993; caso *Manoussakis* e altri *c. Grecia*, 17.9.1996: cfr. LARICCIA, Art. 9, in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2000), della corte costituzionale (sent. n. 195 del 1993) e dei giudici ordinari (cass., sez. V, pen., 7.10.1998, n. 1693; v. anche le molte sentenze emesse per vilipendio dei testimoni di Geova in quanto "culto ammesso nello Stato") e amministrativi (cfr. i pareri del consiglio di stato sopra ricordati).

L'esercizio del voto è un diritto che l'individuo può volere o non volere esplicitare (art. 2 l. n. 276 del 1993; art. 1 l. n. 277 del 1993); d'altra parte, vi sono anche orientamenti di gruppi politici a favore dell'astensione in occasione delle elezioni, la storia conosce interventi delle autorità cattoliche per l'astensione dalla vita politica (il famoso *non expedit* del 1874), nella società è diffuso il convincimento che astenersi dal voto costituisca una forma di legittima manifestazione di opinione politica.

Per il servizio militare, la l. 8.7.1998, n. 230, che ha riformato la l. n. 772 del 1972, ha definito l'obiezione di coscienza un diritto soggettivo e ha mutato la natura del servizio civile, ora configurabile come un modo alternativo di adempimento del dovere di difesa della patria (cfr. LARICCIA, TARDIOLA, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, Agg., 1999, III, 815); il servizio militare di leva è destinato a scomparire con la previsione dell'arruolamento alle forze armate su base volontaria e professionale. Anche per questa ragione manca nell'intesa con i testimoni di Geova ogni riferimento all'obiezione di coscienza al servizio militare.

Per il diritto all'integrità fisica, va ricordato che lo sviluppo di

metodi alternativi alla trasfusione di sangue ha fatto praticamente venir meno i casi di conflitti di coscienza come quelli che avevano drammaticamente caratterizzato il famoso caso Oneda (cfr. Cass. 13.12.1983, in questa *Rivista*, 1984, II, 361): dal 1980 ad oggi, grazie alla incentivazione delle metodiche alternative alle emotrasfusioni e alla migliore collaborazione e comprensione della problematica da parte delle strutture sanitarie e della magistratura, non si è più ripetuto un caso simile.

#### 4. *Confessioni con e senza intesa: due discipline differenziate per il riconoscimento delle garanzie di libertà*

Nelle polemiche sollevate da parte di chi si propone di ostacolare l'approvazione di leggi emesse sulla base di nuove intese, si osserva assai spesso che non si intende minimamente mettere in discussione il diritto alla libertà di culto, che va garantito e assicurato a tutti.

Ma l'intesa è attualmente divenuta, di fatto e di diritto, uno strumento per la garanzia delle libertà di religione, un modo per estendere la disciplina comune alle altre intese e deve quindi ritenersi inesatta l'affermazione secondo la quale a una confessione con intesa sia garantita la stessa misura di libertà di quella riconosciuta a una confessione priva di intesa.

La realizzazione degli obiettivi di pluralismo posti dalla carta costituzionale e le garanzie di libertà per tutte le confessioni religiose sono affidate all'impegno civile di tutti gli italiani, credenti e non credenti. A tutti noi è assegnato il compito di diffondere la consapevolezza che, se non si ottengono le condizioni per l'effettivo esercizio di quei diritti, un paese non può considerarsi né moderno, né civile, né democratico.

## *Evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa\**

SOMMARIO: 1. Centralità della tutela della persona umana. - 2. La tutela giurisdizionale alla luce della normativa comunitaria.

1. In questa occasione, preziosa per la presenza di tante persone che hanno dato e continuano a dare importanti contributi per l'evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa, vorrei esprimere una mia sintetica valutazione dei problemi considerati nell'interessante incontro di oggi. Credo che sia giusto innanzi tutto premettere che la finalità che dovrebbe caratterizzare l'impegno di tutti noi sia quella, della quale hanno spesso parlato coloro che mi hanno preceduto, di migliorare le forme di tutela giurisdizionale nei confronti del cittadino. A proposito della distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi e della differente protezione che il sistema italiano di giustizia amministrativa prevede riguardo a tale distinzione, può essere utile ricordare quanto osservava, con riferimento alle varie distinzioni operate dai giuristi, uno studioso come Piero Calamandrei: i giuristi, scriveva Calamandrei, sono noti per le sottigliezze delle loro distinzioni e classificazioni, e tuttavia, nei confronti di ogni distinzione, occorre pur sempre proporsi di precisare se una distinzione, al di là della sua validità logica, sia utile e necessaria per garantire determinati interessi e per ottenere specifici obiettivi e risultati pratici.

Anche le distinzioni tra i concetti giuridici, come del resto quasi tutte le nozioni delle quali si avvale il giurista, hanno una loro validità storica e sono relative a un determinato ordinamento giuridico: esse quindi possono cambiare, e possono pure cambiare le conclusioni che si traggono a proposito della loro validità, se mutano gli obiettivi che, via via nel tempo, sono ritenuti rilevanti dall'ordinamento. Come ha ricordato con grande chiarezza l'avv. Caramazza, la distinzione di tu-

---

\* In AA.VV., *Il sistema della giustizia amministrativa dopo il decreto legislativo n. 80/98 e la sentenza delle sezioni unite della corte di cassazione n. 500/99*, Atti dell'incontro di studio svoltosi a Roma - Palazzo Spada, 18 novembre 1999, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 257-61.

tela per i diritti soggettivi e gli interessi legittimi aveva una sua precisa giustificazione e una sua convincente coerenza logica quando ci si proponeva di rendere più vantaggiosa la posizione dell'Amministrazione nei confronti dei soggetti destinatari dell'azione amministrativa, coloro che erano soggetti alla sua azione e che proprio per questa loro condizione di soggezione venivano considerati e definiti i «sudditi»: si trattava di una distinzione che aveva un suo preciso significato e una sua particolare funzione in uno Stato che era considerato il principale destinatario della protezione accordata dall'ordinamento, secondo la concezione di Oreste Ranelletti, al quale, sin dal 1905, si deve la definizione di «interesse pubblico» come l'interesse facente capo alla persona giuridica dello Stato. [«Il concetto di “pubblico” nel diritto», Prolusione al corso di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione presso l'Università di Pavia, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 39 (1905), pp. 337-54].

La medesima distinzione non può evidentemente avere lo stesso significato in un ordinamento che, in applicazione dei principi e dei valori accolti dalla Carta costituzionale del 1948, si propone di considerare la persona umana come il principale protagonista della vita sociale e giuridica e che, nei rapporti tra i cittadini e i pubblici poteri, intende realizzare forme di tutela sempre più accentuata nei confronti dei cittadini medesimi. In questa prospettiva, a me sembra (e lo dico con la sommarietà resa necessaria dalla brevità di un intervento di appena cinque minuti) che la distinzione fra le due situazioni giuridiche soggettive diritti soggettivi/interessi legittimi non sia una distinzione utile per garantire la protezione dei cittadini nei confronti dell'esercizio dell'azione amministrativa: sia al contrario una distinzione che, nella coscienza sociale, si configura ormai come una distinzione «datata», se così si può dire, legata cioè ad un periodo storico in cui gli obiettivi dell'ordinamento erano profondamente diversi rispetto a quelli dell'ordinamento attuale, che esige, in applicazione dei nuovi valori costituzionali (nuovi però da... cinquant'anni!), forme di tutela dei cittadini diverse rispetto a quelle previste nel passato.

2. In questa valutazione comunque non vi è soltanto il riferimento ai principi costituzionali, e mi riferisco alla giusta osservazione che abbiamo ascoltato nell'intervento di Salvatore Giacchetti con riferimento all'opinione di Guido Corso: c'è anche la considerazione

dell'importanza che assumono i nuovi valori che si deducono dal diritto comunitario e dal diritto comparato. Da molti anni svolgo le funzioni di coordinamento di un programma di cooperazione interuniversitario ERASMUS, poi definito SOCRATES, che si propone di realizzare una collaborazione dell'Università di Roma «La Sapienza» con altre nove università europee: in questo lungo periodo, più di dieci anni, ho avuto spesso occasione di recarmi in altre università d'Europa e devo confessare che, nelle circostanze nelle quali ho dovuto parlare, ai colleghi e agli studenti di altri paesi, del sistema di giustizia amministrativa italiana, ho provato assai spesso il disagio di chi sente, in misura via via crescente negli anni, la difficoltà di ritenere tuttora valida quella distinzione di tutela giurisdizionale nei confronti dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi che ha certamente una sua importante ragione storica e politica, per ripetere le espressioni di uno studioso caro a molti tra noi, Mario Nigro, ma che si dimostra sempre meno attuale.

Le manifestazioni di «gara» e di «concorrenza» tra i giudici ordinari e i giudici amministrativi che tutti noi conosciamo sono destinate ad accentuarsi e a trovare una forte accelerazione dopo che il legislatore, con l'approvazione del d.lgs. n. 80 del 1998, e la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 500 del 1999, hanno determinato un ampliamento dell'oggetto della loro attività giurisdizionale, rispettivamente con l'estensione delle materie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e con l'affermazione che il giudice ordinario possa intervenire a tutela degli interessi legittimi, con la previsione di un risarcimento del danno in precedenza sempre escluso da una giurisprudenza che Nigro definiva, com'è noto, «pietrificata». Questa concorrenza probabilmente aggraverà le condizioni della giustizia amministrativa italiana. È questa una previsione che mi sento di poter fare proprio nel momento in cui esprimo la mia adesione alla soluzione accolta dalla Corte di Cassazione, in quanto temo innanzi tutto le conseguenze che, dopo tale sentenza, si trarranno in sede legislativa: in proposito esprimo per esempio forti perplessità sulle considerazioni esposte nell'intervento del collega ed amico Lorenzo Acquarone, che è non soltanto un prestigioso professore universitario di diritto amministrativo ma anche un autorevole membro del Parlamento, giacché a me pare di non potere proprio condividere l'affermazione che una valida prospettiva per la soluzione del problema possa rinvenirsi nel

ritornare a ritenere nuovamente utilizzabili quelle categorie dei diritti condizionati e degli interessi affievoliti: quando tutti sappiamo, io credo, che l'autentico scandalo della giustizia amministrativa italiana è ricollegabile al momento in cui si è affermato il principio della degradazione dei diritti soggettivi dei cittadini derivanti dall'emissione di un atto emesso *iure imperii*.

E motivi di perplessità possono anche esprimersi a proposito di quella parte della sentenza della Cassazione, la parte conclusiva, nella quale si afferma che non basta più la verifica della legittimità dell'azione amministrativa, non è sufficiente l'accertamento della colpa del funzionario agente, giacché occorre anche verificare che in concreto sussistano la colpa dell'apparato pubblica amministrazione e la violazione dei tre principi di correttezza, imparzialità e buon andamento dell'agire amministrativo: quando tutti sappiamo che questi sono accertamenti che, nell'impostazione del sistema e nella costruzione degli istituti della giustizia amministrativa italiana, erano stati affidati al giudice amministrativo considerato, come giudice speciale e specializzato, più capace di individuare le forme di osservanza/inosservanza delle regole dell'azione amministrativa.

A me pare possa essere utile che in questa sala, che ricorda la storia di un glorioso istituto come il Consiglio di Stato e rappresenta in un certo senso l'emblema della giustizia amministrativa italiana, venga anche presentata l'idea del possibile superamento, previa modifica delle disposizioni costituzionali che la prevedono, di una distinzione, quella di tutela degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi, che non ha più una sua giustificazione e che merita dunque di essere abbandonata. All'Assemblea costituente Calamandrei, che era uno dei tre relatori delle disposizioni relative alla giustizia, propose la soluzione di una giurisdizione unica: proposta che non fu poi accolta, anche se le obiezioni furono soprattutto fondate sull'argomento che il Consiglio di Stato aveva reso un buon servizio e meritava dunque un positivo apprezzamento per il ruolo svolto. Tuttavia la ragion d'essere della giurisdizione amministrativa non può essere di ordine storico, giacché, come ha ricordato di recente il collega Aldo Travi, se il tipo e la misura di tutela del cittadino devono costituire il criterio decisivo per individuare quale sia la migliore tutela giurisdizionale nei suoi confronti e se d'altra parte condizione preliminare per una giustizia aderente alle esigenze di protezione dei cittadini è la piena indipendenza del

giudice, occorre riconoscere che all'esigenza, che prima assumeva carattere prioritario, di assicurare l'autonomia dell'amministrazione, si è sostituita l'esigenza di prevedere per il cittadino una tutela completa anche nei confronti dell'amministrazione, e che è dunque necessario che questa tutela sia assicurata da un giudice nei cui confronti valga ogni garanzia opportuna per l'esercizio della funzione giurisdizionale.

La sentenza della Cassazione n. 500 del 1999 potrebbe rivelarsi una sentenza pericolosa, nella prospettiva di una migliore tutela giurisdizionale dei cittadini italiani, non tanto per quel che dice ma per le conseguenze che se ne potranno trarre al fine di pervenire alla razionalizzazione del sistema: un obiettivo importante ma rischioso, se si trae insegnamento dall'esperienza di chi ricorda come dietro le forme della giustizia amministrativa italiana e delle sue ragioni politiche e giuridiche si sia spesso nascosta la sostanza dell'ingiustizia amministrativa nel nostro Paese.

*A 150 anni dalla Costituzione della Repubblica romana del 1849. Continuità e innovazione nella Costituzione italiana del 1948\**

SOMMARIO: 1. Costituzione della Repubblica romana e Costituzione della Repubblica italiana: interesse di una comparazione. - 2. L'Assemblea costituente. - 3. I Principi fondamentali. - 4. Diritti e doveri dei cittadini. - 5. L'organizzazione della Repubblica romana. - 6. Natura e peculiarità della carta costituzionale della Repubblica romana. In particolare la procedura di revisione e la rigidità della costituzione. - 7. Conclusioni. - Bibliografia.

1. *Costituzione della Repubblica romana e Costituzione della Repubblica italiana: interesse di una comparazione.* - Il 15 novembre 1848, sulla scala del palazzo della Cancelleria, ove avevano sede le camere legislative, veniva pugnalato a morte il conte Pellegrino Rossi, ministro di Pio IX, che, pochi giorni dopo, il 24 novembre, fuggì da Roma e si rifugiò a Gaeta. Questo tragico evento, come è stato più volte sottolineato dagli storici, non fu la causa determinante degli avvenimenti dei mesi successivi, in quanto la rivoluzione romana aveva già ricevuto in precedenza il suo impulso decisivo<sup>1</sup>; tuttavia, dal punto di vista storico, il delitto della Cancelleria consacra la fine di un esperimento, il papato costituzionale, che non poteva non trovare molte difficoltà per il suo successo. Ed infatti, come ha osservato Vittorio Giuntella, un valoroso studioso ed un caro amico che ha dedicato molti importanti contributi allo studio dell'età del risorgimento e, in particolare, dell'esperienza della Repubblica romana, «Il fallimento del tentativo costituzionale traeva le sue origini profonde (...) nell'essenza stessa del governo ecclesiastico, nel

---

\* Relazione pubblicata in *150 anni della Repubblica Romana*, Atti del Convegno 10 febbraio 1999, Laboratorio di ricerca storica realizzato dalle scuole, a cura di L. Di RUSCIO e L. FRANCESCANGELI, 2000, pp. 31-48.

<sup>1</sup> Cfr. in proposito V.E. GIUNTELLA, *Introduzione a La mostra storica della Repubblica Romana. 1849*, a cura di F. Fonzi e V.E. Giuntella, Comitato nazionale per le onoranze a Giuseppe Mazzini, Roma, Tip. Cugiani, 1949, p. 3.

quale lo spirituale ed il temporale, intimamente connessi, rendevano estremamente difficile la salvaguardia delle opposte esigenze, in un regime a carattere rappresentativo»<sup>2</sup>.

Il 5 febbraio 1849 si adunava solennemente nel palazzo della Cancelleria l'assemblea costituente romana eletta il 24 gennaio a suffragio universale, o, per essere più esatti, a suffragio universale "maschile", come è più giusto dire, secondo quanto ha osservato di recente la ministra per le pari opportunità Laura Balbo, visto che le donne, com'è noto, conquisteranno il diritto di voto solo molti decenni più tardi<sup>3</sup>. Sin dalla discussione svoltasi l'8 febbraio nell'aula della Cancelleria, parve evidente che non vi era altra prospettiva possibile rispetto a quella della soluzione repubblicana.

La discussione in aula avvenne sopra una relazione della "Commissione di Costituzione", la quale aveva lavorato in sezioni; il nuovo progetto, presentato in aula il 10 giugno e poi approvato, modificò ampiamente il testo primitivo, che, nella stesura definitiva, risultò ridotto da 83 a 69 articoli, consistenti in otto "Principi fondamentali", compresi in altrettanti paragrafi, e otto titoli (dopo che era stato soppresso il titolo "Tribunato"), più quattro disposizioni transitorie. Gli otto titoli, nella versione rivista, riguardavano rispettivamente "Dei diritti e dei doveri de' cittadini" (artt. 1-14), "Dell'ordinamento politico" (art. 15), "Dell'Assemblea" (artt. 16-32), "Del Consolato e del Ministero" (artt. 33-45), "Del Consiglio di Stato" (artt. 46-48), "Del potere giudiziario" (artt. 49-55), "Della forza pubblica" (artt. 56-62), "Della revisione della Costituzione" (artt. 63-65). Fra le novità più rilevanti, rispetto al primo progetto, vi era la pubblicità del suffragio, l'abolizione di quella specie di corte costituzionale che dapprima si era immaginata sotto il nome di tribunato, la elezione da parte dell'assemblea anziché per voto diretto dei tre (e non più due) consoli, il ritorno alla tradizione di un "ministero responsabile".

Dalle discussioni in assemblea emerse con chiarezza l'intento di far nascere una repubblica democratica, anzi, come si disse, "democratica pura", aperta alla totalità dei cittadini. Le soluzioni adottate su tutte le

---

<sup>2</sup> V.E. GIUNTELLA, *Introduzione*, cit., *ivi*.

<sup>3</sup> Tale dichiarazione risulta da un resoconto pubblicato in *la Repubblica* del 28 gennaio 1999.

questioni essenziali, dai rapporti con la religione e la chiesa cattolica alle prerogative del potere giudiziario e all'eguaglianza dei municipi, entro un quadro di spiccato accentramento, dimostrano che esse vennero a collocarsi «sulla linea del più avanzato repubblicanesimo francese, con forti influssi di mazzinianesimo»<sup>4</sup>.

Sono molti e di notevole interesse i motivi che inducono a valutare le disposizioni della Costituzione della Repubblica Romana in comparazione con quelle contenute nella vigente Costituzione dell'Italia repubblicana. Naturalmente mi soffermo qui nell'indicare gli aspetti più interessanti di confronto, esponendo in particolare alcune considerazioni relative alla previsione di un'assemblea costituente incaricata di elaborare la carta costituzionale, agli otto principi fondamentali, alle norme sui diritti e doveri dei cittadini, all'organizzazione della repubblica, alle disposizioni sulla revisione della costituzione e alla natura della carta costituzionale medesima, con specifico riferimento alla sua definizione come costituzione "rigida".

2. *L'Assemblea costituente*. - Per giudicare l'importanza della novità di una costituzione votata in una assemblea costituente - ed è questo uno dei principali elementi di continuità della vigente costituzione con quella approvata nel 1849 per la Repubblica Romana - è da ricordare che tutti gli statuti del 1848 furono "concessi" dai rispettivi sovrani, con la sola eccezione della Costituzione siciliana del 10 luglio 1848, che tuttavia fu approvata da un parlamento eletto a suffragio ristretto e si limitò ad apportare modifiche alla precedente costituzione del 1812. La Costituzione romana fu approvata da un'assemblea eletta a suffragio universale, pur considerando, come già si è detto, che tale suffragio era limitato ai soli elettori di sesso maschile, con una ampiezza di suffragio che in seguito si realizzerà soltanto nel 1919<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> M. CARVALE e A. CARACCILO, in *Storia d'Italia* diretta da G. GALASSO, cap. VII, *Il tramonto dello Stato pontificio e lo sviluppo del movimento nazionale e liberale: da Gregorio XVI alla Repubblica romana*, XIV, Torino, Utet, 1978, spec. pp. 659-66.

<sup>5</sup> Può essere interessante notare che alle elezioni svoltesi dal 21 al 24 gennaio 1849, parteciparono circa 250.000 elettori, un'affluenza assai alta, considerando che nelle elezioni indette da Cavour il 27 gennaio 1861, che ebbero luogo nell'intero territorio nazionale, con l'eccezione del Veneto e del Lazio, i votanti risultarono appena 20.392. Sulla consultazione elettorale per l'assemblea dello Stato romano, la cui convocazione

Il lavoro dell'Assemblea costituente si svolse dal febbraio al luglio dell'anno 1849: un periodo certamente assai breve, soprattutto se si considera la recente esperienza del lungo tempo dedicato ai tentativi di modifica della carta costituzionale del 1948 dalla commissione incaricata di preparare, dopo l'approvazione della legge costituzionale n. 1 del 1997, un testo di revisione della seconda parte della Costituzione vigente: e sappiamo tutti qual è stato l'esito dei lavori della commissione bicamerale per la revisione costituzionale<sup>6</sup>, il cui lavoro ha avuto lo stesso esito negativo rispetto ai tentativi di revisione costituzionale compiuti in precedenza.

La carta costituzionale approvata nel luglio 1849 costituì il risultato di un dibattito vivissimo e di particolare approfondimento, soprattutto con riferimento ad alcuni temi, un dibattito che assume per il lettore di oggi grande interesse, se si considerano le difficili condizioni ambientali nelle quali esso potette svolgersi, nel costante timore di un intervento armato inteso a interrompere il proseguimento dei lavori. Come risulta da quanto osservato soprattutto dall'Agostini nella presentazione del primo progetto all'Assemblea, i costituenti procedettero con spirito di particolare originalità nei confronti dei testi costituzionali approvati in precedenza. Mauro Ferri, al quale va riconosciuto il merito di avere studiato con passione ed acume di storico e di giurista i lavori dell'Assemblea costituente del 1849 e gli elementi caratteristici del testo approvato da quest'ultima, ha giustamente sottolineato che l'Assemblea costituente della Repubblica romana non potette trovare alcuna concreta ispirazione né dallo Statuto elargito da Pio IX il 14 marzo 1848, che venne travolto dal fallimento del papato costituzionale, né dagli Statuti di Carlo Alberto del 4 marzo 1848, n. 674, né dagli Statuti di Toscana o di Ferdinando II<sup>7</sup>.

---

venne definita da Pio IX, in un monitorio del 1° gennaio “un nuovo e più mostruoso atto di smascherata fellonia e di vera ribellione”, cfr. B. GATTA, *Le elezioni del 1849*, in *Archivio della società romana di storia patria*, 72 (1949), 1-4, p. 26.

<sup>6</sup> Per una valutazione dei lavori della commissione bicamerale per le riforme costituzionali, può essere di grande interesse la lettura a di un recente volume a cura di S.P. PANUNZIO, *I costituzionalisti e le riforme*, Milano, Giuffrè, 1998: il volume raccoglie gli atti di più seminari svoltisi con specifico riferimento alle proposte della commissione bicamerale.

<sup>7</sup> V. sul punto M. FERRI, *Costituente e costituzione della Repubblica romana del 1849*, in *Diritto e società*, 1989, 1, 1-52, spec. p. 16.

3. *I Principi fondamentali* - Per quanto riguarda i principi fondamentali, va innanzi tutto ricordato il carattere di enunciazioni talora più filosofiche che giuridiche che essi contengono.

In tali principi vi sono però alcune enunciazioni che assumono una grande importanza sotto il profilo della comparazione con i *Principi fondamentali* della vigente Costituzione della Repubblica italiana, oltre che con altri testi costituzionali del passato e del presente.

Il primo paragrafo - «La sovranità è per diritto eterno nel Popolo. Il Popolo dello Stato romano è costituito in repubblica democratica» - afferma il principio della sovranità popolare ed enuncia il carattere democratico della Repubblica romana. La disposizione venne approvata con due votazioni separate, dopo un dibattito assai ampio e articolato. La costituzione della repubblica italiana del 1° gennaio 1948 prevede, com'è noto, che «L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro» e che «La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti detta Costituzione».

È evidente l'importanza della novità rappresentata dall'affermazione dei costituenti dell'Italia repubblicana che la Repubblica italiana è fondata sul lavoro (art. 1, comma 1), ed è di grande rilievo la regola della "appartenenza" della sovranità al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della costituzione (art. 1, comma 2), ma, pur considerando tali elementi di assai rilevante differenziazione, vi è una forte corrispondenza fra i due testi costituzionali nell'affermazione del carattere popolare della sovranità e del carattere democratico delle due Repubbliche, quella Romana e quella Italiana.

Il Saliceti, che fu incaricato di presentare all'assemblea le varianti del progetto rispetto al primo testo ad essa presentato dall'Agostini, nei confronti di coloro che avrebbero voluto toglier via la seconda parte dell'articolo, perché se n'era dato l'equivalente nel titolo dell'atto - «Costituzione della Repubblica Romana» - e perché nel termine Repubblica era naturalmente compreso il concetto di democrazia, replicò osservando giustamente che non basta accennare a governo repubblicano per esprimere un governo popolare. Ed infatti, osservò il Saliceti, «Repubblica altro non significa che la cosa pubblica; quindi Repubblica è sinonimo di governo e sinonimo di Stato. Ma ancorché sotto il nome di Repubblica si volesse intendere il governo dei più, il dire semplicemente repubblica non indica se sia aristocratica o democratica; quindi la giunta "democratica" era giunta indispensabile

(...) e dire Repubblica democratica pura<sup>8</sup> significa il dire repubblica dove non è frammisto alcun elemento aristocratico, alcun elemento monarchico».

Queste considerazioni, che vennero condivise dall'assemblea, assumono grande rilievo perchè rivelano la consapevolezza che i costituenti della Repubblica romana avevano dell'importanza di ritenere collegati i due principi, quello repubblicano e quello democratico: la norma costituzionale che afferma il carattere repubblicano e democratico dello Stato romano non potrebbe essere valutata in tutto il suo significato se non venisse inquadrata in quel complesso di principi che formano il diritto comune degli stati democratici contemporanei. In tali ordinamenti, nei quali il principio repubblicano ha sostituito il principio monarchico del tutto prevalente in epoche anteriori, il principio repubblicano si ricollega alla sovranità popolare e concepisce lo stato-organizzazione come un complesso di strumenti subordinati alla volontà del popolo, nei limiti stabiliti dalla costituzione e dalle leggi. Il principio monarchico trovava invece giustificazione o in argomenti di carattere teologico o anche nel legittimismo, che faceva riferimento alla continuità nel tempo del potere regio<sup>9</sup>.

In questo senso le scelte che, a proposito della forma di stato, si sono fatte in Italia negli anni successivi alla fine della seconda guerra mondiale, ed in particolare la consultazione popolare a favore della forma repubblicana e l'affermazione del carattere democratico del nostro ordinamento costituzionale, si pongono in una linea di evidente continuità con le soluzioni accolte nella Repubblica romana del 1849. Come infatti confermano le vicende politiche del referendum istituzionale del 2 giugno 1946 la scelta della forma repubblicana dello stato italiano significò in realtà la scelta della "democrazia"<sup>10</sup>. La disposizione intesa a collegare i due caratteri, repubblicano e democratico, dell'ordinamento, approvata con ammirevole lungimi-

---

<sup>8</sup> Con riferimento all'espressione "repubblica democratica pura" è da ricordare che l'aggettivo "pura" non figura nel testo definitivo e tale scomparsa è dovuta probabilmente ad un errore materiale di trascrizione.

<sup>9</sup> Sul "principio repubblicano" cfr. di recente L. ELIA, *Commento agli artt. 83-91 cost.*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Stato della Costituzione. Oltre la bicamerale, le riforme possibili*, Milano, il Saggiatore, 1998, pp. 330-1.

<sup>10</sup> V. sul punto L. ELIA, *Commento*, cit.

ranza dai costituenti della Repubblica romana, si rivela ancora più importante se si considera il principio, contenuto nell'art. 139 della Costituzione oggi vigente, che, seguendo l'esempio francese della IV Repubblica, sottrae la "forma repubblicana" alla revisione costituzionale. Il dibattito che in questi anni ha riguardato questa importante disposizione costituzionale dimostra che qui non si tratta soltanto di impedire la sostituzione del re, come Capo dello Stato, al Presidente della Repubblica, giacché l'immodificabilità dell'art. 139 significa qualcosa di più, e cioè irreversibilità anche del principio democratico espresso dall'art. 1 della Costituzione.

Il secondo paragrafo della Costituzione romana contiene l'enunciazione «Il regime democratico ha per regola l'eguaglianza, la libertà, la fraternità. Non riconosce titoli di nobiltà, né privilegi di nascita o casta». Questo principio è in un certo senso più ampio rispetto a quello dell'art. 3 della Costituzione vigente, e in altro senso più ridotto. È più ampio, nella sua prima enunciazione, in quanto non prevede soltanto la regola dell'eguaglianza ma anche i principi di libertà e di fraternità: di fraternità non parla la Costituzione del 1948, la quale, per quanto poi riguarda le libertà, a parte l'obiettivo, enunciato nell'art. 3, comma 2, della rimozione degli ostacoli che impediscono di fatto la libertà (e l'eguaglianza) dei cittadini, che costituisce un impegno per tutti i pubblici poteri, e a parte il principio sulla eguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose, contenuto nell'art. 8, comma 1, della Costituzione, prevede le rispettive garanzie non nei principi fondamentali ma in molte disposizioni della parte seconda della costituzione, dedicata ai diritti e doveri dei cittadini. La vigente Costituzione prevede inoltre principi fortemente innovativi rispetto al testo della costituzione della repubblica romana, nella parte in cui contempla le qualifiche rispetto alle quali il costituente intende garantire una tutela speciale, in relazione al sesso, alla razza, alla lingua, alla religione, alle opinioni politiche, alle condizioni personali e sociali (art. 3, comma 1) e nella parte in cui l'art. 3, comma 2 garantisce, come si è detto, anche la c.d. eguaglianza sostanziale, assegnando alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto, la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese.

Carattere di novità presenta poi, nei principi fondamentali della Costituzione del 1948, la disposizione dell'art. 2, che contiene una norma il cui significato non è soltanto individuabile nel riconoscimento e nella garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia come membro delle formazioni sociali nelle quali si svolge la sua personalità, ma anche nel conferimento di giuridica rilevanza ai singoli gruppi sociali entro i quali si svolge la personalità individuale. Con tale disposizione si è riconosciuta l'importanza delle dimensioni sociali dell'uomo e delle formazioni sociali entro le quali l'uomo opera, ai fini di un adeguato svolgimento della personalità individuale.

Per quanto riguarda l'affermazione, contenuta nel secondo paragrafo dei principi fondamentali della Costituzione del 1849, del disconoscimento di titoli di nobiltà e di privilegi di nascita, è da ricordare che la proposta del Monti, il quale aveva chiesto la soppressione del principio considerandolo superfluo, fu contestata dal Ballanti, il quale osservò che «la nostra Costituzione è fatta per un popolo il quale non è vergine totalmente, ossia vi sono alcuni titoli che si usurpano», e da Salvatore Braccio che, per dimostrare l'opportunità della disposizione, ricordò che «una casta dominava tutte la altre e questa era la casta sacerdotale». Dichiarazioni che rivelano la giusta preoccupazione che, nel compito, svolto dall'Assemblea costituente, di previsione delle norme fondamentali del nuovo ordinamento, si tenesse costantemente presente la situazione concreta nella quale l'assemblea si trovava ad operare.

Il terzo paragrafo contiene il seguente principio: «La Repubblica colle leggi e colle istituzioni promuove il miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti i cittadini». Il testo del progetto precedente conteneva invece la seguente formula «La Repubblica Romana cura l'educazione di tutti i cittadini onde ciascuno possa migliorare la propria condizione coll'industria, colla fatica, coll'ingegno». L'obiettivo della promozione del miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti i cittadini e l'affidamento di tale impegno non al solo legislatore, ma a tutte le istituzioni della Repubblica, in quanto le leggi non sono sufficienti ed un ruolo di primaria importanza deve essere riconosciuto alle pubbliche amministrazioni e ad ogni istituzione (per esempio alle autonomie locali), esprimono concezioni di accentuata modernità per il periodo nel quale vennero previste. Il principio contemplato in tale paragrafo si collega indubbiamente con le esigenze

espresse nella già ricordata disposizione sulla eguaglianza “sostanziale” garantita nell’art. 3, comma 2, della vigente Costituzione. Di particolare interesse è l’enunciazione di un principio costituzionale nel quale si poneva l’obiettivo del miglioramento delle condizioni morali e materiali di “tutti i cittadini” e si assegnava a tutte le istituzioni della Repubblica il compito di perseguire questo ambizioso programma. L’espressione “tutti i cittadini”, contrapposta alla dizione “tutti”, la ritroviamo nell’art. 3, comma 1<sup>11</sup>, e in altre disposizioni della parte prima della carta del 1948.

Il quarto principio confermò la proposta contenuta nel progetto presentato all’assemblea e venne approvato senza alcuna discussione: «posto ai voti – si legge nel resoconto – subito tutti si alzano come un sol uomo. Quindi si dichiara approvato all’unanimità». Esso stabilisce: «La Repubblica riguarda tutti i Popoli come fratelli: rispetta ogni nazionalità: propugna l’italiana». Si tratta, ancora una volta, di un principio sostenuto da Giuseppe Mazzini, che ribadisce la regola fondamentale della fraternità, già contenuta nel secondo paragrafo, e afferma l’impegno di rispetto per ogni nazionalità e di realizzazione dell’unità d’Italia. Il problema della nazione, che nel nostro paese ha avuto sempre grande importanza, recentemente è tornato di attualità a seguito di un dibattito, al quale ha partecipato per ultimo Norberto Bobbio, il quale, in una intervista rilasciata a *La Stampa* la settimana scorsa, dopo avere considerato i motivi del perché non siamo mai stati un vero stato e una vera nazione, esprime una speranza e lancia un appello: «forse sarà la dura competizione europea che ci aspetta a farci

---

<sup>11</sup> A proposito di tale espressione, è da ricordare che il dibattito svoltosi al riguardo ha portato alla conclusione che si tratta di un’espressione che può essere interpretata nel senso che si tratta di una formula che comprende anche gli stranieri, e non solo i cittadini, e anche le persone giuridiche e i soggetti collettivi, e non solo le singole persone fisiche: può vedersi sul punto L. PALADIN, *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, Padova, Cedam, 1965, p. 210; S. LARICIA, *Gruppi sociali ed eguaglianza giuridica*, in *Foro amm.*, 32 (1966), II, p. 117; ID., *Diritto ecclesiastico*, III ed., Padova, Cedam, 1986, p. 60. Nella giurisprudenza della corte costituzionale, che già con le sentenze nn. 30 del 1965, 25 del 1966 e 2 del 1969, aveva affermato l’applicabilità del principio di uguaglianza a soggetti diversi dalle persone fisiche, cfr. di recente la sentenza 15 luglio 1997, n. 235, in *Giur. Cost.*, 43 (1998), 3, p. 1843 ss., con nota di B. RANDAZZO, *La Corte “apre” al giudizio di uguaglianza tra confessioni religiose?*

concludere il tragitto incompiuto cominciato dal Risorgimento»<sup>12</sup>. È un problema, quello della “nazione italiana”, che continua ad assumere tuttora grande rilievo.

Il quinto *Principio*, che riguarda i comuni dello Stato romano, risulta così formulato: «I Municipi hanno tutti eguali diritti: la loro indipendenza non è limitata che dalle leggi di utilità generale dello Stato». È anche questo un principio di grande importanza e attualità, considerando la centralità del problema delle autonomie locali nell'organizzazione dei poteri pubblici in Italia, e in particolare del ruolo assegnato ai comuni nel processo di formazione dello stato autonomista<sup>13</sup>. La disposizione assume rilievo, soprattutto se si considerano le tendenze di forte accentramento che, nel periodo nel quale la disposizione venne formulata, caratterizzavano l'organizzazione amministrativa dei paesi che si ispiravano in Europa al sistema amministrativo francese, sul fondamento dell'influenza esercitata da Napoleone. È da notare l'espressione “indipendenza” adottata a proposito dei municipi – l'espressione che usa la Costituzione vigente è invece quella di “autonomia” –: con riferimento all'indipendenza l'unico limite previsto dai costituenti della repubblica romana era rappresentato dalle esigenze di rispetto delle leggi statali di utilità generale. L'unica disposizione dedicata alla condizione giuridica dei comuni nello statuto di Carlo Alberto approvato l'anno precedente era la sintetica “disposizione generale” dell'art. 74, nel quale si prevedeva che «Le istituzioni comunali e provinciali e le circoscrizioni dei Comuni e delle Province sono regolate dalla legge»: dalla legge dunque dello stato; cosa certo ben diversa di un regime di indipendenza, nel rispetto delle leggi di utilità generale. Non vi è dubbio in

---

<sup>12</sup> Cfr. l'intervista a Norberto Bobbio a cura di L. LA SPINA, in *La Stampa*, 133 (1999), 31 febbraio, p. 3. Per una prima indicazione bibliografica sul problema della “nazione italiana”, rinvio a C. ESPOSITO, *Lo Stato e la Nazione italiana*, in *Arch. dir. pubbl.*, 64 (1937), 3, pp. 409-85; F. CHABOD, *L'idea di nazione*, Bari, Laterza, 1961; F. ROSSOLILLO, *Nazione*, in *Dizionario di politica*, II ed., Torino, Utet, 1983, pp. 701-5; S. BARTOLE, *La Nazione italiana e il patrimonio costituzionale europeo. Appunti per una prima riflessione*, in *Dir. pubbl.*, 3 (1997), n. 1, 1-6.

<sup>13</sup> V. di recente su questo problema il bel volume a cura di G. FALCON, *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997*, con la collaborazione di M. CAMMELLI, F. MERLONI, G. PASTORI, L. TORCHIA, Bologna, il Mulino, 1998.

proposito che, mentre la disposizione dello statuto albertino indicava chiaramente il ruolo di enti subordinati allo stato da riconoscere nei confronti degli enti comunali e provinciali e delle rispettive circoscrizioni, la disposizione che, a proposito dei comuni, venne approvata dai costituenti della Repubblica romana può considerarsi anticipatrice dei principi di autonomia che faticosamente e con mille difficoltà si stanno attuando nell'Italia repubblicana<sup>14</sup>.

Il sesto *Principio* si riferisce anch'esso al tema delle autonomie locali e stabilisce che «La più equa distribuzione possibile degli interessi locali, in armonia coll'interesse politico dello Stato, è la norma del riparto territoriale della Repubblica». Anche tale disposizione esprime una moderna tendenza di equo contemperamento fra l'interesse politico dell'ente Stato e gli interessi rappresentati dalle autonomie locali, sulla base di quel principio della più equa distribuzione possibile degli interessi locali che, per impegno costituzionale, deve rappresentare la regola della ripartizione territoriale della Repubblica. È da notare che questo principio, che non compariva nel primo progetto, non fa riferimento alle province, che erano state invece menzionate nei testi discussi dall'assemblea, e che opportunamente in esso si considerano gli interessi "locali", espressione che sostituisce quella più ridotta di interessi "economici", contemplata nei testi precedentemente proposti.

I due ultimi paragrafi degli otto *Principi fondamentali* riguardano la complessa e delicata questione della materia religiosa e di quella ecclesiastica. A tale questione, per varie ragioni, deve riconoscersi molta importanza, anche in considerazione dell'ampio ed animato dibattito che caratterizzò la discussione che precedette l'approvazione dei due principi: l'importanza della questione è anche giustificata dalla consapevolezza di quale rilievo abbiano sempre assunto nel nostro paese la questione religiosa in generale e la questione cattolica in particolare.

---

<sup>14</sup> Gli ultimi provvedimenti legislativi sono quelli delle leggi n. 142 del 1990 e n. 59 del 1997 e del d.lgs. n. 112 del 1998. In proposito è a mio avviso da condividere l'opinione espressa da Giandomenico Falcon, il quale osserva che il progetto devolutivo della legge n. 59 del 1997 consiste nel «riorganizzare globalmente "lo Stato" (lo Stato in senso ampio, quale insieme di organizzazioni preposte alle pubbliche funzioni) secondo il principio orientativo dell'art. 5 Cost., riletto come una formulazione *ante litteram* del principio di sussidiarietà»: G. FALCON, *Il decreto 112 e il percorso istituzionale italiano*, in ID. (a cura di), *Lo Stato autonomista*, cit., pp. VII-XXVI, spec. p. X.

Il settimo *Principio* stabilisce solennemente che «Dalla credenza religiosa non dipende l'esercizio dei diritti civili e politici»: si tratta, come è evidente, di un fondamentale diritto di libertà e di uguaglianza in materia religiosa. Nella legislazione dell'Italia liberale il principio era stato previsto il 19 giugno 1848, subito dopo l'approvazione dello Statuto albertino del 4 marzo dello stesso anno, che, com'è noto, contemplava, all'art. 1, il principio della religione cattolica, apostolica, romana come sola religione dello Stato: mi riferisco alla importante legge n. 735 di quell'anno, la c.d. legge Sineo, che, prevedendo un principio caratteristico del separatismo in materia ecclesiastica, dispose: «La differenza di culto non forma eccezione al godimento dei diritti civili e politici, ed all'ammissibilità alle cariche civili e militari». In applicazione di tale principio, pur vigendo il ricordato art. 1 dello Statuto del 1848, che sostanzialmente negava qualunque riconoscimento della libertà religiosa nei confronti dei cittadini non cattolici, le minoranze confessionali per più decenni poterono vivere ed operare in Italia in una condizione di piena libertà ed autonomia; ciò avvenne fino all'entrata in vigore della legislazione fascista concordataria e a quella sulla condizione dei culti diversi dal cattolico: i culti "ammessi", come vennero definiti nella legge n. 1159 del 14 giugno 1929<sup>15</sup>.

È evidente l'importanza che, a distanza di un anno dall'approvazione della legge piemontese del 19 giugno 1848 sulla garanzia, senza distinzione di religione, dei diritti civili e politici, assume l'approvazione, nel 1849, di un principio costituzionale, contenuto in una costituzione che, come vedremo, può definirsi una costituzione "rigida", con tutte le conseguenze che derivano da tale qualifica: tale principio, come si è visto, stabiliva che l'esercizio dei diritti civili e politici, quelli che oggi definiamo i diritti privati e pubblici, non avrebbe potuto dipendere dalla credenza religiosa dei cittadini; si tratta di una fondamentale conquista derivante, negli ordinamenti democratici moderni, dal regime di separazione tra l'ordine civile e l'ordine religioso, un principio contemplato nell'art. 7, comma 1, della vigente Costituzione, ma purtroppo smentito in Italia dalla presenza

---

<sup>15</sup> Cfr. sul punto G. PEYROT, *La politica dello Stato nei riguardi delle minoranze religiose*, in *il Mulino*, 1971, p. 456 ss.

di un regime pattizio fondato sulla “logica concordataria” che dall’11 febbraio 1929 presiede ai rapporti tra stato e Chiesa Cattolica, regime che è stato confermato dalla stipulazione del patto di Villa Madama del 18 febbraio 1984<sup>16</sup>.

Qui il discorso potrebbe essere assai lungo: sia solo consentito a chi vi parla, che da anni sostiene, insieme a pochi altri, l’esigenza del superamento del regime concordatario, di ribadire che il sistema concordatario vigente nel nostro paese dopo la stipulazione dei patti lateranensi, confermato nel 1947 a seguito del voto sull’art. 7, comma 2, della Costituzione italiana e ribadito nel 1984 da un governo democratico, provoca danni sia agli interessi della confessione cattolica, la quale dovrebbe affidare la soluzione dei propri problemi alla coscienza dei cattolici e non all’ausilio del braccio secolare, sia a quelli dello Stato, considerando che il potere politico, rimanendo in vigore il concordato, è indotto a contare sull’appoggio della Chiesa Cattolica, alterando il ritmo naturale della dinamica sociale: lo conferma la recente esperienza del comportamento che, nei confronti del Papa e della gerarchia ecclesiastica, anche il Presidente del Consiglio attualmente in carica ha tenuto sin dalle prime settimane del suo incarico.

L’ottavo paragrafo dei principi fondamentali, infine, riguarda la questione delle garanzie da riconoscere al sommo pontefice e stabilisce in particolare che «Il Capo della Chiesa Cattolica avrà dalla Repubblica tutte le guarentigie necessarie per l’esercizio indipendente del potere spirituale». Questo *Principio*, che era già stato formulato nel decreto fondamentale che istituiva la Repubblica romana, contiene una norma di particolare importanza sia per quel che dice che per quel che non dice, in quanto il testo poi approvato non comprende l’affermazione, contenuta invece nel progetto, «La religione cattolica è la religione dello Stato»: un principio che, introdotto nel 1848 nell’ordinamento italiano con l’art. 1 dello Statuto albertino, e poi ribadito con l’art. 1 del Trattato del Laterano, è rimasto come norma giuridica nel nostro ordinamento fino a quando nel 1984 il legislatore concordatario, nel n. 1 del protocollo addizionale al Concordato, ha precisato che «si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato

---

<sup>16</sup> Per una valutazione storico-giuridica della legislazione sui rapporti tra stato e chiesa cattolica, può vedersi S. LARICCIA, *Stato e chiesa cattolica (rapporti tra)*, in *Enc. dir.*, 43 (1990), Milano, Giuffrè, pp. 890-924.

dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano»; e soltanto con la sentenza n. 203 del 1989, una sentenza che meriterebbe un'analisi più ampia di quella consentita in questa sede, la corte costituzionale, con grave e scandaloso ritardo, ha affermato che il principio di laicità dello Stato è uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano<sup>17</sup>.

Anche qui devo resistere alla tentazione di impegnarmi in un'analisi che, pur essendo giustificata dall'importanza della questione, non può però superare i limiti di un breve cenno, considerando il carattere generale di questa mia relazione<sup>18</sup>.

Non mi soffermo qui nell'analizzare la ricchezza del dibattito che si svolse nell'assemblea costituente della Repubblica romana prima che venisse approvata la norma che omise qualunque riferimento al principio della religione cattolica, sia come religione del nuovo stato che come religione della maggioranza della popolazione di esso: un dibattito per il quale rinvio all'accurata analisi degli autori che hanno affrontato espressamente tale aspetto della Costituzione romana<sup>19</sup>.

Ritengo invece opportuno ricordare, sia pure in breve, che la questione della laicità e della confessionarietà dello Stato Italiano e delle istituzioni civili costituisce un problema certamente non risolto e che anzi presenta aspetti sempre più inquietanti, anche considerando la valutazione riduttiva che tale questione assume nell'opinione di molti politici («il senso della laicità dello Stato» è «un'espressione che trovo ideologica», ha osservato Claudia Mancina, in una intervista pubblicata sul *Corriere della Sera* di sabato)<sup>20</sup>. E la nuova formazione, su molti temi importanti come la fecondazione eterologa e i finanziamenti alla scuola privata, di una compatta unità politica dei

---

<sup>17</sup> Il concetto di “principio supremo dell'ordinamento” è stato “coniato” dalla corte costituzionale proprio in riferimento alla materia ecclesiastica nella sentenza n. 30 del 1971, in *Giur. cost.*, 16 (1971), p. 150 ss.

<sup>18</sup> Per una esposizione del mio pensiero al riguardo, rinvio a S. LARICCIA, *Laicità e politica nella vicenda dello Stato italiano contemporaneo*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 12 (1995), I, p. 11 ss.

<sup>19</sup> Tra gli scritti più recenti v. M. FERRI, *Costituente e Costituzione della Repubblica romana del 1849*, cit., p. 24 ss.

<sup>20</sup> *Dalla Quercia. Mancina: pressione inaccettabile. Ma c'è chi si accoderà*, Intervista a cura di P. CONTI, in *Corriere della Sera*, 124 (1999), 31, 6 febbraio, p. II.

cattolici, premessa per una riaggregazione delle forze conservatrici del nostro paese, induce a non poche preoccupazioni.

Con specifico riferimento ai contenuti della sentenza n. 203 del 1989, con la quale la Corte Costituzionale ha affermato il principio di laicità dello Stato, va ricordato che con essa la Corte ha inteso affermare la 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 regime di pluralismo confessionale e culturale»<sup>21</sup>; essa non ha invece accolto quella concezione della laicità-neutralità, considerata «l'espressione più propria della laicità»<sup>22</sup> da un giurista di accentuata sensibilità democratica come Costantino Mortati, una concezione che, al contrario di quella accolta dai nostri giudici costituzionali, comporta l'irrelevanza per lo Stato dei rapporti derivanti dalle convinzioni religiose, nel senso di considerarli fatti privati da affidare esclusivamente alla coscienza dei credenti: tale concezione della laicità era bene espressa dalla già ricordata formula del settimo principio fondamentale della Costituzione della Repubblica romana, nel quale si stabiliva che l'esercizio dei diritti privati e pubblici dei cittadini non avrebbe dovuto dipendere dalla loro credenza religiosa. Ed è una concezione che, a distanza di tanti anni da allora, tarda ad affermarsi nel nostro paese, come dimostra l'esperienza di quanto, in occasione del voto sulla legge in materia di fecondazione artificiale, è avvenuto la settimana scorsa alla Camera dei deputati dove si è affacciato un dubbio che fosse più laica la tanto vituperata prima repubblica, nella quale erano state approvate leggi come quella sul divorzio e sull'interruzione della gravidanza. Ancora una volta ci si deve domandare se i cittadini non abbiano diritto a leggi che non impongano comportamenti o divieti ispirati a pur rispettabili principi religiosi ed etici, ma debbano garantire la libertà di tutti nella coesistenza di scelte e principi individuali<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. il punto n. 4 del “considerato in diritto” della sentenza.

<sup>22</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1976, spec. p. 1515: sulla concezione della laicità in C. MORTATI, può vedersi S. LARICCIA, *Il contributo di Costantino Mortati per l'attuazione delle libertà di religione in Italia*, in M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 491-510.

<sup>23</sup> Per interessanti considerazioni sull'esito del voto alla camera, cfr. M. MAFAI, *E la*

Con riferimento alla stipulazione del nuovo Concordato del 18 febbraio 1984, l'esperienza di questi anni mi consente di ribadire un giudizio già espresso in precedenti circostanze: i rapporti tra Stato e Chiesa Cattolica e, soprattutto, le garanzie dei cittadini italiani non hanno tratto alcun giovamento dalla stipulazione di un nuovo Concordato, un Concordato ancora una volta stipulato dal governo ed approvato dal Parlamento per soddisfare gli interessi dei partiti politici, anziché le esigenze dei cittadini. Lo dimostra la valutazione dei problemi del sostentamento del clero, della scuola, dell'insegnamento e dell'istruzione, delle condizioni di privilegio garantite alla gerarchia ecclesiastica.

4. *Diritti e doveri dei cittadini.* - A proposito delle norme sui Diritti e doveri dei cittadini, contenute negli artt. 1-14 della costituzione della Repubblica romana, ricordiamo che essi riguardano la cittadinanza della repubblica (artt. 1 e 2), l'inviolabilità delle persone e delle proprietà (art. 3), il divieto di arresto per motivi diversi dalla flagranza di delitto o per mandato del giudice, il principio del giudice naturale (art. 4), l'abolizione delle pene di morte e di confisca (art. 5), l'inviolabilità del domicilio (art. 6), la libertà di manifestazione del pensiero e la previsione della punizione per legge dell'abuso «senza alcuna censura preventiva» (art. 7), la libertà di insegnamento e l'affidamento alla legge della definizione delle condizioni relative alla moralità e capacità per gli aspiranti insegnanti (art. 8), l'inviolabilità del segreto epistolare e cioè la libertà di corrispondenza (art. 9), il diritto individuale e collettivo di petizione (art. 10), la libertà di associazione «senza armi e senza scopo di delitto» (art. 11), l'appartenenza di tutti i cittadini alla guardia nazionale «nei modi e colle eccezioni fissate dalla legge» (art. 11), la previsione dell'espropriazione soltanto per pubblica utilità e previa giusta indennità (art. 13), l'affidamento al legislatore del compito di determinare le spese pubbliche e dei modi di contribuirvi, con la previsione che nessuna tassa avrebbe potuto essere imposta se non per legge, né percetta per tempo maggiore di quello dalla legge determinato (art. 14).

---

*sinistra rimpiange la stagione del divorzio*, in *la Repubblica*, 24 (1999), 30, 5 febbraio, p. 3.

A proposito della parte della Costituzione romana riguardante i *Diritti e i doveri dei cittadini* vorrei qui esprimere piena adesione all'opinione espressa da Mauro Ferri, il quale ha osservato che «nel complesso il titolo primo costituisce un'organica enunciazione dei diritti – (scarso posto vi hanno i doveri) –, generalmente più avanzata rispetto alle analoghe disposizioni degli Statuti degli Stati italiani. Il modello determinante è stato soprattutto la Costituzione francese, ma non mancano spunti originali qualche volta anticipatori di soluzioni future»<sup>24</sup>.

Con riferimento a tali disposizioni, può essere innanzi tutto interessante ricordare alcune rilevanti differenze rispetto agli artt. 24-32 dello Statuto albertino, nel quale risultava garantita la libertà individuale (art. 26), ma non la libertà di associazione, in conformità ai principi che nei sistemi liberali tendevano alla massima garanzia dell'autodeterminazione individuale; era assicurata la libertà di stampa, con la precisazione tuttavia che le bibbie, i catechismi, i libri liturgici e di preghiera non avrebbero potuto essere stampati senza il preventivo assenso del vescovo (art. 28); non erano previste né la libertà di manifestazione del pensiero, né la libertà di insegnamento.

Per quanto invece riguarda una sia pur sintetica comparazione con le disposizioni della parte prima della Costituzione della Repubblica italiana che, in quattro titoli, dedicati rispettivamente ai *Rapporti civili* (artt. 13-28), ai *Rapporti etico-sociali* (artt. 29-34), ai *Rapporti economici* (artt. 35-47) e ai *Rapporti politici* (artt. 48-54), disciplinano le garanzie costituzionali dei cittadini, va notato che la Costituzione italiana del 1948 conferma il rilievo che in ogni stato democratico assumono i diritti dei cittadini riferiti alla cittadinanza, all'inviolabilità della persona e delle sue proprietà, al domicilio, alla corrispondenza, alle libertà di associazione e di manifestazione del pensiero, ai rapporti di natura tributaria ed inoltre prevede altre numerose garanzie, dedicando specifica attenzione a profili che non avrebbero potuto assumere rilievo in una costituzione democratica della metà dell'ottocento o che si collegano ad esperienze e settori particolarmente significativi, per motivi storico-giuridici, nel periodo in cui lavorarono i componenti dell'Assemblea costituente dell'Italia repubblicana: mi riferisco in

---

<sup>24</sup> M. FERRI, *Costituente e costituzione della Repubblica Romana del 1849*, cit., p. 37.

particolare, ma qui l'elencazione ha solo un significato esemplificativo, alla libertà di riunione (art. 17) e di religione (artt. 19 e 20), al diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24), ai principi sulla responsabilità dei funzionari e dei dipendenti dello Stato (art. 28), alle disposizioni sui diritti della famiglia e sulla condizione giuridica dei figli (artt. 29-31), alla tutela della salute (art. 32), alle norme in tema di scuola (artt. 33 e 34), ai rapporti economici (artt. 35-47), con particolare riferimento alle associazioni sindacali, al diritto di sciopero e alla costituzione economica, ai diritti elettorali di tutti i cittadini, uomini e donne (art. 48), ai partiti politici (art. 49), al dovere di tutti i cittadini di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi (art. 54).

Una novità di fondamentale importanza da porre in rilievo, nella valutazione della nostra attuale Costituzione, in confronto con altre carte costituzionali del passato e del presente, è che il costituente non si è limitato a disciplinare i rapporti tra i cittadini e lo Stato, ma ha voluto anche garantire l'esplicitarsi della libertà e della personalità individuale all'interno delle varie formazioni sociali, con l'intento di realizzare non solo un orientamento democratico della società politica, riconoscendo le libertà fondamentali nei confronti dell'autorità pubblica, ma anche un orientamento democratico della società civile. Occorre invero essere consapevoli che affinché la democrazia sia sufficientemente garantita, appare del tutto inadeguata una organizzazione democratica dell'apparato statale, e si richiede che tutto il paese sia organizzato mediante strutture di libertà articolate in tutto il corpo sociale: movimenti d'opinione, associazioni di cultura, scuole, famiglie, sindacati, partiti, effettiva libertà di stampa, democrazia a livello locale e, su un piano distinto per le finalità ma non per i soggetti, forme nuove e più intense di partecipazione e di responsabilità degli individui nell'ambito delle comunità extrastatali. D'altra parte, le strutture di democrazia e di libertà innestate nel corpo sociale non sono che un mezzo per la formazione di donne e uomini liberi, capaci di esprimere la loro libertà nell'esercizio quotidiano, nelle scelte culturali e morali, nella partecipazione politica e nella consapevole assunzione delle relative responsabilità.

5. *L'organizzazione della Repubblica romana.* - Con riferimento all'organizzazione della Repubblica romana, si sono già poste in ri-

lievo le disposizioni che prevedevano il carattere democratico di tale ordinamento, ritenendo che l'affermazione del principio repubblicano non fosse sufficiente per affermarne anche la democraticità.

In sintesi ricordo, a proposito dell'ordinamento politico previsto, sotto il titolo secondo dall'art. 15, che, con la norma «Ogni potere viene dal Popolo. Si esercita dall'Assemblea, dal Consolato, dall'Ordine giudiziario», si ribadisce la formula della sovranità popolare e, pur non affermandolo esplicitamente, si stabilisce il principio della separazione dei poteri, legislativo, esecutivo e giudiziario, che vengono assegnati rispettivamente all'assemblea, al consolato e all'ordine giudiziario.

Con riferimento al Titolo III, relativo all'assemblea, un vivo dibattito suscitò la questione della definizione, poi approvata, del voto popolare come voto pubblico (art. 20): Mauro Ferri ha osservato che «è questa forse la norma che più stona con la nostra sensibilità e con l'opinione moderna», anche se la scelta del voto pubblico, nel contesto storico in cui si verificava non deve essere giudicata aberrante come apparirebbe oggi<sup>25</sup>. Pur condividendo le perplessità di Ferri sul principio del voto pubblico stabilita come regola generale, e pur considerando l'importanza che negli ordinamenti moderni assume l'obbligo per le autorità di predisporre garanzie per la segretezza dell'espressione elettorale a tutela della libertà di voto, devo dire che sono rimasto colpito dalla determinazione e dal rigore con i quali soprattutto il Saliceti si impegnò nel dibattito dell'Assemblea per dimostrare la superiorità del voto pubblico rispetto a quello segreto: il suo richiamo all'esperienza inglese, nella quale il voto segreto sarà poi introdotto a partire dal 1872, il ricordo delle opinioni espresse, nell'antichità, da Plinio il Giovane<sup>26</sup> e più di recente da Benjamin Constant, scrittore e politico francese autore, nel 1818-20, di un famoso *Corso di politica costituzionale*, dimostrano quanto venissero allora sentite le esigenze di quella che siamo oggi abituati a definire con l'espressione di “trasparenza”. Agli argomenti esposti dal Saliceti ho ripensato leggendo, sul *Manifesto* di venerdì scorso, l'appello che il gruppo “Tavole di donne sulla bioetica” ha rivolto ai parlamentari, a proposito del voto in tema di fecondazione c.d. assistita: «Venite

---

<sup>25</sup> M. FERRI, *Costituente e costituzione della Repubblica romana del 1849*, cit., p. 40.

<sup>26</sup> *Lettere*, III, 20 e IV, 25.

allo scoperto con il voto palese!», si legge nell'appello, nel quale si esprime protesta verso un parlamento «che non ha nemmeno il coraggio delle proprie opinioni» e si chiede «a ciascuna e ciascuno di dire pubblicamente come vota e perché»<sup>27</sup>.

Particolare rilievo, nelle disposizioni relative all'assemblea, assumono la regola, stabilita nell'art. 8, della incompatibilità fra il mandato elettivo e la funzione pubblica di nomina dell'esecutivo e il principio che attribuisce all'assemblea, oltre al potere legislativo, anche quello di decidere della pace, della guerra e dei trattati (art. 29).

A proposito del Titolo IV, riguardante il consolato e il ministero, ricordo la proposta che la commissione incaricata di predisporre il progetto aveva fatto per impedire che i consoli e la stessa Assemblea, che traevano entrambi la fonte del loro potere dall'elezione popolare, potessero eventualmente oltrepassare i limiti ad essi fissati dalla Costituzione: in proposito la commissione, con l'intento di tutelare l'equilibrio dei poteri costituiti, aveva previsto l'istituzione del "Tribunato" che doveva provvedere alla garanzia delle leggi fondamentali della Repubblica. È tuttavia da ricordare che tale proposta non ottenne il consenso della maggioranza dei componenti l'Assemblea ed anzi sollevò molte critiche da parte di chi nel dibattito espresse il timore che, anziché ottenere i risultati perseguiti dalla commissione proponente, il Tribunato potesse trasformarsi da garante della legittimità costituzionale in organo prevaricatore del Consolato e dell'Assemblea. Tali critiche portarono alla soppressione del Tribunato.

Come dichiarò l'Agostini, l'istituzione del Tribunato «non è protetta da veruna autorità di esempio nelle costituzioni moderne, ma ci sembrò abbastanza protetta dalla autorità della ragione». Il Tribunato, secondo i proponenti, aveva poteri e funzioni di seconda camera, di corte costituzionale, di corte di controllo. Prevalse a tale riguardo l'opinione del Saliceti, il quale dichiarò «Non v'è d'uopo d'un Tribunato per invigilare il Potere Esecutivo»: eppure tale proposta, soprattutto per l'esercizio del potere di giudicare sulla costituzionalità delle leggi, si rivela anticipatrice di una soluzione, l'istituzione della Corte costituzionale come giudice di legittimità delle leggi, che verrà accolta dalla maggior parte delle costituzioni del novecento e che,

---

<sup>27</sup> L'appello firmato è pubblicato in *il manifesto*, 5 febbraio 1999, p. 5.

in particolare, costituisce uno degli aspetti più rilevanti della carta costituzionale dell'Italia repubblicana e democratica.

Per il Consiglio di Stato, disciplinato nel Titolo quinto, va sottolineato che esso, composto di quindici consiglieri nominati dall'Assemblea, esercitava il potere consultivo nei confronti dei consoli e dei ministri ed emanava regolamenti, previa delega dell'Assemblea.

Con riferimento al potere giudiziario, infine, era stabilito il principio della loro indipendenza con la formula «I giudici nell'esercizio delle loro funzioni non dipendono da altro potere dello Stato»; l'anno precedente lo Statuto albertino aveva solo parzialmente garantito l'indipendenza dei magistrati, in quanto aveva stabilito la loro indipendenza solo dopo tre anni di esercizio (art. 69): e per i giudici che già erano in servizio si discuteva se i tre anni decorressero dal momento dell'entrata in vigore dello Statuto, «termine che avrebbe consentito al governo di disfarsi dei giudici sgraditi prima che scattasse la data a partire dalla quale si acquistava la garanzia dell'inamovibilità»<sup>28</sup>, o dal momento dell'ingresso in magistratura. L'unica ragione del triennio di prova stava proprio nella possibilità di fare un "esperimento" della fede politica dei magistrati<sup>29</sup> <sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> L. VIOLANTE, *I cittadini, la legge e il giudice*, in *Storia d'Italia*, Annali 14, *Legge, diritto, giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, pp. XVII-LXXIII, spec. p. XXIII.

<sup>29</sup> Tale concetto era stato espresso con chiarezza da Cavour, in un discorso alla camera del 13 maggio 1848: «Il Ministero – dichiarò Cavour – reputa che la magistratura subalpina, considerata nel suo complesso, sia una delle sue glorie nazionali (...). Ma (...) esso per organo del signor Guardasigilli ha pure affermato che in mezzo a questo corpo illustre vi sono certamente alcune eccezioni che il governo ha ferma intenzione di sceverare dal corpo medesimo».

<sup>30</sup> Vi fu successivamente un decreto di epurazione, firmato il 17 marzo 1851 non dal ministro della giustizia, Giuseppe Siccardi, che preferì dimettersi, ma dal ministro dell'interno, Filippo Galvagno, guardasigilli *ad interim*. Alla fine gli epurati furono soltanto sette, su circa 1250 magistrati; in seguito, tra il 1853 e il 1870, vi furono altri due episodi di epurazione, con interventi che dimostravano chiaramente quanto avvertita fosse allora l'esigenza di garantire la fedeltà politica dei magistrati al governo e al parlamento. Più tardi Giovanni Giolitti sintetizzerà con chiarezza, in un celebre discorso del 1897, i caratteri del rapporto tra governo e magistratura in quegli anni. «Al Governo – dichiarò in quella circostanza Giolitti – restano i seguenti poteri sulla magistratura. Dei pretori dispone liberamente senza alcuna garanzia. I magistrati sono tutti nominati dal governo; le promozioni loro dipendono per intero dal beneplacito del governo; il

«La giustizia è amministrata in nome del popolo», si legge nell'art. 52 della costituzione della Repubblica Romana. Ed invece lo Statuto albertino del 1848 apriva la sezione dedicata all' "ordine giudiziario" con l'affermazione che la giustizia emana dal re, ed è amministrata in suo nome dai giudici ch'egli istituisce (art. 68). Tipica espressione della cultura illuministica appariva poi, nello Statuto di Carlo Alberto, l'art. 73, che disponeva che «L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo». In un sistema nel quale il potere legislativo spettava al re e alle camere, lo statuto riservava al potere legislativo l'interpretazione autentica del diritto, mediante un precetto la cui portata consisteva essenzialmente nell'escludere il riconoscimento di qualunque forma di diritto "giurisprudenziale"<sup>31</sup>.

---

governo può negar loro qualsiasi trasferimento; è il governo che determina le funzioni a cui ciascun magistrato deve essere addetto, e che ogni anno designa i magistrati che devono giudicare le cause civili e le penali, e li riparte tra le varie sezioni delle corti e dei tribunali, è il governo che compone a piacer suo le sezioni di accusa presso le corti di appello e sceglie i giudici che devono presso i tribunali adempiere le funzioni di giudici istruttori, nel qual modo ha in mano sua l'istruzione nei processi penali e così l'onore e la libertà dei cittadini; infine il ministro guardasigilli ha diritto di chiamare a sé e di ammonire qualunque membro di corte o di tribunale (... )». «Se la carriera dei magistrati – concludeva Giolitti – fosse sottratta all'azione del governo per farla dipendere dalle deliberazioni dei collegi giudiziari, sarebbe tolto qualsiasi sospetto di illegittima ingerenza governativa o parlamentare, di pressioni che si esercitano dall'alto o dal basso e la magistratura acquisterebbe l'autorità che è indispensabile all'esercizio della sua altissima missione»; G. GIOLITTI, *Discorso agli elettori di Caraglio* (1987), in *Id., Discorsi parlamentari*, Torino, Einaudi, 1952, p. 195, cit. da G. NEPPI MODONA, *La magistratura ed il fascismo*, in *Pol. dir.*, 3 (1972), p. 568. L'intento delle parole pronunciate nel discorso era evidentemente di denuncia di una situazione criticabile; ma lo stesso Giolitti, giunto al governo, si avvarrà senza esitazione degli stessi poteri che aveva in precedenza criticato.

<sup>31</sup> Se si confronta questo testo con l'art. 16 del titolo preliminare al codice civile sardo del 1837, che riservava tale funzione al "sovrano", si può ritenere che un passo importante risultava certamente compiuto, ma tale passo non era nella prospettiva di ottenere una migliore definizione del ruolo del giudice, bensì rispondeva all'esigenza di affermare il ruolo centrale della camera elettiva nel processo di formazione e modificazione del diritto "legislativo". Cfr. sul punto A. PIZZORUSSO, *Le garanzie giurisdizionali: il problema dell'indipendenza del giudice*, Relazione al Convegno promosso dalla Accademia Nazionale dei Lincei e dalla Corte Costituzionale, in collaborazione con l'Associazione italiana dei Costituzionalisti (Roma, 19 dicembre 1997), in corso di pubblicazione negli atti del convegno: nota l'a. che, in pratica, il ruolo delle camere come potere legislativo

Con l'avvento della Repubblica italiana, e poi con l'approvazione della carta costituzionale del 1948, iniziò la graduale affermazione del principio di indipendenza dei giudici anche nel nostro paese, indipendenza considerata sia come indipendenza interna che esterna: ed è nota l'importanza che, nel 1958, con significativo ritardo rispetto all'entrata in vigore della costituzione, assunse l'istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura. Ma è giusto ricordare che le disposizioni sulla magistratura previste nella costituzione della Repubblica romana presentano aspetti di singolare modernità.

6. *Natura e peculiarità della carta costituzionale della Repubblica romana. In particolare, la procedura di revisione e la rigidità della costituzione.* - Circa la natura della carta costituzionale della Repubblica romana, si tratta di una costituzione che giustamente è stata definita da Fausto Fonzi «la costituzione più ardita, più profondamente democratica, del nostro Ottocento»<sup>32</sup> e che, con riferimento al periodo nel quale venne approvata, rappresentò una *rara avis* e quasi un *unicum* nel panorama complessivo degli ordinamenti costituzionali dell'epoca<sup>33</sup>.

Nelle parole di presentazione del progetto da parte dell'Agostini, emerge con chiarezza l'intento, perseguito dalla commissione incaricata di elaborarlo, di approvare una «Costituzione che fosse l'espressione delle condizioni morali, economiche e politiche» del popolo degli stati pontifici, uscito di minorità e sottrattosi alla tutela del capo della chiesa cattolica, come venne definito il pontefice nel paragrafo VIII dei principi fondamentali della costituzione. La nuova Costituzione doveva rappresentare la fase finale di un processo ultramillenario a conclusione della realizzazione del trinomio libertà, eguaglianza, fratellanza, alla quale avevano contribuito gradualmente

---

fu spesso svuotato dal riconoscimento di un ruolo amplissimo all'attività normativa del governo, specialmente attraverso la pratica delle delegazioni legislative ed in virtù del riconoscimento della decretazione d'urgenza con valore di legge.

<sup>32</sup> F. FONZI, Introduzione a *La mostra storica della Repubblica Romana. 1849*, cit., p. 34, al quale si rinvia per la sintetica e chiara esposizione degli avvenimenti più salienti dell'esperimento costituzionale della Repubblica romana del 1849.

<sup>33</sup> Cfr. in tal senso S. FURLANI, *La Costituzione della Repubblica Romana del 1849: note di natura tipologica*, in *Il pensiero mazziniano*, 3 (1990), pp. 62-82, spec. p. 64.

tre rivoluzioni, come affermò in assemblea, il 24 giugno, Quirico Filopanti<sup>34</sup>.

Anche se il riferimento più continuo e diretto fu rappresentato dalla Costituzione repubblicana francese del 4 novembre 1848, occorre però ricordare lo scarso credito che tale Costituzione assumeva in quel periodo, considerando che l'evoluzione verso l'autoritarismo presidenziale dell'ordinamento francese costituiva un elemento negativo cui si attribuiva il significato di un rischio per la sopravvivenza della stessa Repubblica romana. Come infatti osservava l'Agostini, «La Costituzione francese non lusingava già troppo la nostra attenzione, perché una Costituzione di una nuova Repubblica, la quale lascia aperta al Potere esecutivo la via di abbandonare la causa dei popoli generosi che si sollevano a libertà, non è certo una Costituzione per noi, per noi che onoriamo ogni diritto di nazionalità, e vogliamo proclamato il principio della fratellanza dei popoli».

Un rilievo del tutto particolare assumono il problema della procedura di revisione prevista per la modifica costituzionale e la definizione della Costituzione della Repubblica romana come costituzione rigida. Recentemente il collega ed amico Alessandro Pace ha richiamato l'attenzione sulla distinzione tra costituzioni rigide e flessibili, in una introduzione ad un importante saggio di James Bryce su questo argomento, pubblicato come testo di due conferenze tenute nel 1884. In un periodo nel quale la classificazione tradizionale delle costituzioni era basata sull'alternativa diritto scritto e non scritto, Bryce sottolineò l'importanza che assume la distinzione, essenzialmente giuridica, individuata «nella relazione che ogni costituzione ha con le leggi ordi-

---

<sup>34</sup> «Roma – aveva dichiarato Filopanti – ha avuto tre memorabili rivoluzioni; l'una che scacciò i Tarquini, e sopprese la potestà regia. Quella fu la rivoluzione della *libertà*. Un'altra molti secoli dopo nel 1798, fu rivoluzione imposta più che spontanea, ma pur utile, da che venne ad abbattere i privilegi delle due caste, sacerdotale e patrizia; quella fu la rivoluzione dell'*eguaglianza*; da ultimo Roma ha fatto un'altra rivoluzione nel 1848; questa ebbe una tendenza di più sopra le altre precedenti, fu una grande protesta contro un Governo nemico della nazionalità italiana, nemico di quello spirito di associazione, che si mostrava potente in tutte le città dello stato; fu una energica aspirazione alla unità nazionale, ed a quella solidarietà di tutte le classi, la quale, mediante comune soccorso, deve assurgere gli uomini a destini migliori; quella fu pertanto la rivoluzione della *fratemità*»; l'intervento di Quirico Filopanti è riportato in *Le Assemblee del Risorgimento*, Roma, Camera dei Deputati, 1911, IV, 912-13.

narie dello Stato e con l'autorità ordinaria che approva quelle leggi». In base a tale distinzione, le costituzioni flessibili, essendo costituite da legge e consuetudini, sono ovviamente modificabili da tali atti e fatti; le costituzioni rigide sono invece giuridicamente immodificabili dal legislatore ordinario<sup>35</sup>.

Può essere utile ricordare che appartenevano alla categoria delle costituzioni flessibili le carte costituzionali francesi del 1814 e del 1830, lo Statuto albertino del 1848, le costituzioni spagnole del 1834, del 1837 e del 1876. Ebbene, la Costituzione della Repubblica romana del 1849, così come del resto la vigente Costituzione della Repubblica italiana, è stata approvata come costituzione rigida. Con le disposizioni degli art. 63 e 64 di tale carta costituzionale si stabiliva infatti che qualunque riforma di costituzione potesse essere «solo domandata nell'ultimo anno della legislatura da un terzo almeno dei "rappresentanti"» e che l'assemblea avrebbe dovuto deliberare per due volte sulla domanda, all'intervallo di due mesi: con l'ulteriore precisazione che «Opinando l'assemblea per la riforma alla maggioranza di due terzi, vengono convocati i comizii generali, onde eleggere i rappresentanti per la costituzione, in ragione di uno ogni quindici mila abitanti». Nell'art. 68, contenente una delle quattro Disposizioni transitorie, si affermava il principio che le leggi e i regolamenti esistenti restassero in vigore «in quanto non si oppongono alla costituzione, e finché non siano abrogati». Era previsto dunque un procedimento "aggravato" di modifica della Costituzione ed era stabilito il principio della prevalenza gerarchica delle disposizioni costituzionali rispetto ad ogni altra disposizione normativa vigente nella Repubblica. Nell'ultima parte dell'art. 64 si faceva anche riferimento alla eventualità che, in caso di riforma chiesta da una maggioranza di due terzi, si procedesse alla elezione dei componenti di una Assemblea costituente: ipotesi quest'ultima che non è prevista nella carta costituzionale vigente, con la conseguenza che in questi mesi, soprattutto dopo il fallimento dell'esperienza della commissione bicamerale, si discute se sia possibile procedere alla convocazione di una assemblea costituente<sup>36</sup>, o siano

---

<sup>35</sup> A. PACE, Presentazione di Y. BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide*, a cura di A. PACE, trad. di R. NIRO, Milano, Giuffrè, 1998, pp. V-XXXVIII, spec. p. XVIII.

<sup>36</sup> Con riferimento al tema del metodo e dei limiti della revisione costituzionale, cfr. S. P. PANUNZIO, Introduzione alla riunione del 19 giugno 1998, nel Seminario *I costitu-*

solo consentite, ai sensi dell'art. 138 della Costituzione, modifiche specifiche e puntuali a singole disposizioni della Costituzione vigente.

Nel confronto con l'esperienza costituzionale successiva a quella dell'assemblea costituente della Repubblica Romana, meritano dunque una particolare menzione sia la previsione di un'assemblea di revisione, dotata del potere di adottare le modifiche richieste, sia la natura di costituzione rigida che deve essere sicuramente riconosciuta al testo costituzionale del 1849: due soluzioni adottate sulla base del precedente dell'art. 111 della Costituzione francese del 1848. Anche per questa parte, dunque, i costituenti della Repubblica romana seppe indicare soluzioni di grande interesse per lo studio della storia costituzionale e per il lavoro dei costituenti del futuro.

*7. Conclusioni.* - A conclusione di questa mia relazione, voglio ringraziare gli organizzatori di questo convegno per avermi indotto, con l'invito che mi hanno fatto, a studiare un'esperienza di particolare importanza ed originalità, che a mio avviso rappresenta un essenziale riferimento per comprendere alcuni fondamentali "passaggi" della storia costituzionale del nostro paese. Inoltre, mi sembra giusto, a distanza di centocinquanta anni da quando la Costituzione della Repubblica Romana venne approvata, esprimere vivo apprezzamento e gratitudine nei confronti di coloro che, operando con impegno e passione, in condizioni di particolari difficoltà, sono stati capaci di indicarci una meta degna di essere perseguita: l'avvento di uno stato democratico che

- affidi a una carta costituzionale il valore di essenziale riferimento per il riconoscimento e la realizzazione delle garanzie di tutti i cittadini nell'esperienza della concreta vita sociale;
- attui il principio della sovranità popolare, come metodo di vita della società democratica;
- disconosca ogni forma di privilegio;
- promuova il miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti, realizzando tale obiettivo in coerenza con le nuove frontiere della cittadinanza nell'attuale momento storico;

---

*zionalisti e le riforme*, citato in precedenza alla nt. 11, pp. 457-73. ed *ivi* gli interventi di A. PACE, S. LARICCIA, F. SORRENTINO, G.U. RESCIGNO, M. LUCIANI, M. GALIZIA, R. NANIA, C. PINELLI, G. AZZARITI.

- rispetti ogni nazionalità ed ogni differenza etnica e linguistica;
- riconosca le autonomie locali, pur affermando le esigenze dei limiti rappresentati dall'interesse generale espresso dalle leggi dello Stato;
- garantisca a tutti, credenti e non credenti, l'esercizio dei diritti pubblici e privati, quelli che, nella terminologia dell'ottocento, venivano definiti come diritti civili e politici;
- assicuri al papa la garanzia dell'esercizio indipendente del potere religioso, come ai rappresentanti delle altre numerose confessioni religiose il libero esercizio del potere spirituale, impedendo però che l'esercizio di tali libertà comporti indebite ingerenze nell'esercizio del potere civile;
- contrasti ogni forma di clericalismo e persegua l'obiettivo di una piena separazione tra l'ordine civile e l'ordine religioso, nella convinzione che la libertà e l'eguaglianza possano essere assicurati soltanto da istituzioni capaci di reagire a condizionamenti confessionali;
- promuova l'impegno per una legislazione di diritto comune capace di garantire, in conformità ai principi contenuti nella costituzione repubblicana e democratica, i diritti di libertà e di eguaglianza dei singoli e dei gruppi in materia religiosa.

### *Bibliografia*

I verbali delle riunioni della Costituente romana sono pubblicati nei volumi 8 e 9 delle Assemblee del Risorgimento. Quelli del Comitato esecutivo furono in parte pubblicati da A. ALIBERTI, "Mazzini e il Comitato esecutivo della Repubblica Romana del 1849", in *Nuova Antologia*, 78 (1943), fasc. 1722. Sull'esperienza della Repubblica Romana del 1849 cfr., tra gli altri, C. RUSCONI, *La Repubblica Romana del 1849*, Roma, Capaccini & Ripamonti, 1879, p. 229, v. specialmente, alle pp. 166-81, cap. XVI: "La costituzione della Repubblica Romana - Analisi"; D. DEMARCO, *Pio IX e la rivoluzione romana del 1848. Saggio di storia economico-sociale*, Modena, Società Tipografica Modenese, 1947, p. 152; F. FONZI e V.E. GIUNTELLA (eds.), *La Mostra storica della Repubblica Romana. 1849*, Comitato Nazionale per le Onoranze a Giuseppe Mazzini, Roma, 1949, p. 171, *ivi*, pp. 153-9, bibliografia; V. FROSINI, *Costituzione e società civile*, Milano, Comunità, 1977, spec. pp. 20-2; M. CARAVALE e A. CARACCIOLLO, "Lo Stato pontificio da Martino V e Pio X", in *Storia d'Italia* diretta da G. Galasso, vol.

XIV, cap. VIII: “Il tramonto dello Stato pontificio e lo sviluppo del movimento nazionale e liberale: da Gregorio XVI alla Repubblica romana”, Torino, Utet, 1978, pp. 659-66. La vita e il carattere dell’Assemblea costituente sono stati studiati in particolare da M. Cossu, *L’Assemblea Costituente romana del 1849*, Roma, 1923, ma interessanti indicazioni si trovano in molti degli scritti ricordati in questa bibliografia. Con riferimento alla Carta repubblicana del 1849 cfr. G. GARAVANI, *La Costituzione della Repubblica romana nel 1748 e nel 1849*, Fermo, 1910; 13. GATTA, *La Costituzione della Repubblica Romana del 1849*, Firenze, Sansoni, 1947; N. CORTESE, *Costituenti e costituzioni italiane del 1848-49*, vol. II, Napoli, Libreria Scientifica Editrice, 1951, p. 383, spec. pp. 232-66, ove vengono integralmente riportati il rapporto del relatore deputato Agostini sul primo progetto, il rapporto del relatore deputato Saliceti sul secondo progetto di costituzione redatto dalla commissione mista, il testo del primo progetto e il testo definitivamente approvato il 10 luglio 1849; L. LUPI, *La Costituzione romana del '49. Note di filosofia politica*, Mazara, Società editrice siciliana, 1952, p. 82; L. RODELLI, *la Repubblica Romana del 1849*, con appendice di documenti, Pisa, “Domus Mazziniana”, 1955, p. 327; A. AQUARONE, M. D’ADDIO, G. NEGRI (eds.), *Le Costituzioni italiane*, Milano, Comunità, 1958, spec. pp. 609-20; C. SELVAGGI, “La Costituzione della Repubblica Romana”, in *Studi in occasione del centenario di Roma capitale*, Milano, 1970, pp. 379-4; M. FERRI, “Costituente e Costituzione nella Repubblica Romana del 1849”, in *Dir. e società*, 1989, n. 1, pp. 1-52; D. NOCILLA, “Sovranità popolare e rappresentanza negli interventi di Aurelio Saliceti alla Costituente Romana del 1849”, in *Rass. stor. del Risorgimento*, 76 (1989), 243; S. FURLANI, “La Costituzione della Repubblica Romana del 1849: note di natura tipologica”, in *Il pensiero mazziniano*, 1990, n. 3, 62-82.

## Art. 9\*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La libertà di pensiero. - 3. La libertà di coscienza. - 4. La libertà di religione e verso la religione. - 5. I limiti ai diritti di libertà in materia religiosa. - 6. La giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo.

1. *Premessa.* - L'art 9 della Convenzione europea garantisce a tutti la libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Durante i lavori preparatori che hanno preceduto l'approvazione di tale disposizione, molte difficoltà derivarono dall'esigenza di tenere conto delle diverse situazioni esistenti nei vari Stati, che al diritto di libertà religiosa apportavano intense limitazioni collegate alle ragioni storiche che le avevano determinate (v. MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 1967, p. 13 ss.).

Con riferimento alla formula adottata nell'art. 9, che, a prima vista, ha un contenuto identico a quello dell'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (sul quale cfr., per tutti, MORVIDUCCI, *Libertà di religione o di convinzioni - dir. int.*, in *Enc. giur.*, XIX, 1990, p. 3), la Commissione europea per i diritti umani e la Corte unica europea, dopo che la Commissione è divenuta non più operante in virtù dell'adozione del protocollo n. 11 entrato in vigore nel novembre del 1998, hanno definito l'ambito specifico di ciascuna delle libertà riconosciute nella disposizione e hanno stabilito il principio, in essa espressamente contemplato, che la suddetta disposizione assicura anche la libertà di cambiare religione o convinzione e tutela il diritto di esercizio del culto (sulle libertà garantite nell'art. 9 cfr., nella vasta bibliografia, MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della*

---

\* In *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU), a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI, E. G. RAIMONDI, Padova, Cedam, 2001, pp. 319-35 e, con il titolo *A cinquant'anni dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'articolo 9*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, Padova, Cedam, 2000, pp. 1069-88.

*libertà religiosa*, cit., p. 29 ss.; MUSSELLI, *Le norme europee a tutela della libertà religiosa: problemi di interpretazione*, in *Il Politico*, 1975, p. 306 ss.; MORVIDUCCI, *La protezione della libertà religiosa nel sistema del Consiglio d'Europa*, in *La tutela della libertà di religione. Ordinamento internazionale e normative confessionali*, a cura di FERRARI e SCOVAZZI, Padova, 1988; BELGIORNO DE STEFANO, *La libertà religiosa nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1989, p. 285 ss.; FERRARI DA PASSANO, STARACE, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992; MARTINEZ TORRON, *La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa*, in *Riv. int. diritti dell'uomo*, 1993, p. 335 ss.; ID., *La libertad de proselitismo en Europa. A proposito de una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Umanos*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1994, p. 59 ss.; SCOVAZZI, *Libertà di religione e testimoni di Geova secondo due sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1994, p. 719 ss.; MARGIOTTA BROGLIO, *Uno scontro tra libertà: la sentenza Otto Preminger Institut della Corte europea*, in *Riv. dir. int.*, 1995, p. 368 ss.; CANNONE, *Gli orientamenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia religiosa*, in *Riv. intern. dir. dell'uomo*, 1996, p. 264 ss. e in AA.VV., *Minoranze, laicità, fattore religioso. Studi di diritto internazionale e di diritto ecclesiastico comparato*, a cura di COPPOLA e TROCCOLI, Bari, 1997, pp. 119 ss.; MARGIOTTA BROGLIO, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione Europea*, in ID., MIRABELLI, ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Bologna, 1997; SCOVAZZI, *Una seconda sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla libertà di religione in Grecia*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1997, p. 753 ss.; CAROBENE, *Sulla protezione internazionale della libertà religiosa*, in *Dir. eccl.*, 1998, I, p. 363 ss.; DE SALVIA, *Compendium de la CEDH. Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 1998, spec. p. 240 ss.; PARISI, *La sentenza Larissis della Corte Europea dei diritti dell'uomo e la tutela della libertà di religione*, in *Dir. eccl.*, 1999, II, p. 236 ss.. Per utilissimi riferimenti di diritto comparato, cfr. CECCANTI, *Libertà religiosa e diritto comparato. Soluzioni consolidate e tendenze odierne*, Matera - Roma, 1999).

Per una corretta interpretazione dell'art. 9 Conv. occorre tenere presente il I Protocollo addizionale firmato a Parigi il 20 marzo 1952 (ratificato in Italia con la stessa legge che ha reso esecutiva in Italia la convenzione: legge 4 agosto 1955, n. 848): l'art. 2 del Protocollo prevede il seguente principio: «Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di assicurare tale educazione e tale insegnamento in modo conforme alle loro convinzioni religiose e filosofiche» (su tale disposizione v. MORVIDUCCI, *Libertà*, cit., p. 6).

Le possibilità di porre limiti alle libertà indicate nella disposizione sono stabilite nel secondo comma dell'art. 9. Può essere soggetto a limitazioni soltanto il diritto di manifestare la propria religione o il proprio credo e, come vedremo, sono espressamente indicati i motivi delle eventuali limitazioni.

La Convenzione stabilisce, nell'art. 14, che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciute nella Convenzione medesima deve essere assicurato senza alcuna distinzione di sesso, razza, colore, lingua, religione, opinioni politiche o di altra natura, origine nazionale o sociale, fortuna o nascita, appartenenza a una minoranza: è questa una disposizione di grande importanza nella prospettiva di una maggiore tutela delle libertà di religione, in quanto in essa viene espressamente garantita l'eguaglianza giuridica, con la conseguenza che il diritto di libertà religiosa è fondato su due principi di carattere generale: il principio generale e fondamentale della non-discriminazione e dell'eguaglianza giuridica di tutti gli individui senza alcuna distinzione e il principio, affermato in particolare nell'art. 9, della piena libertà di pensiero, di coscienza e di religione (cfr. sul punto MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale*, cit., p. 29; PARISI, *La sentenza Larissis*, cit., p. 244). È anche da considerare l'art. 11 della Convenzione, che riconosce la libertà di riunione e di associazione, garantendo dunque anche le manifestazioni collettive del culto.

Un'ulteriore garanzia a tutela di eventuali distinzioni di religione è individuabile nella versione consolidata del Trattato che istituisce la Comunità europea, il cui art. 13 (*ex* art. 6 A) prevede che fatte salve le altre disposizioni del Trattato medesimo, e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, «il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione

del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età e le tendenze sessuali». L'art. F del Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992 stabilisce, nel paragrafo 2, che l'Unione europea rispetta tutti i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea del 1950, come risultano dalla tradizione costituzionale degli Stati membri, in quanto assurgano a principi generali di diritto comunitario.

La garanzia contemplata nell'art 9 Conv. è stata giustamente considerata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo come uno dei fondamenti di una "società democratica" (cfr. Corte, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, Serie A, n. 260: la sentenza è pubblicata anche in *Dir. eccl.*, 1993, II, p. 237 ss., in *Riv. dir. int.*, 1993, p. 785 ss. e in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1994, p. 734 ss.): in proposito la Corte ha sottolineato che la dimensione religiosa considerata nell'articolo costituisce uno degli elementi più vitali per la identità e la concezione di vita dei credenti, ma che, al contempo, l'art 9 rappresenta una tutela di grande rilevanza per atei, agnostici, scettici e disinteressati. Il pluralismo, necessario in ogni società democratica, dipende dalla previsione e dall'attuazione del principio indicato nell'art 9.

2. *La libertà del pensiero.* - Con l'esplicito riconoscimento della libertà del pensiero, gli Stati della Convenzione si sono imposti il divieto dell'indottrinamento, considerato quest'ultimo nel senso di un insegnamento o condizionamento a carattere obbligatorio nei confronti della popolazione, inclusa la gioventù. La previsione di religioni che uno Stato intendesse imporre obbligatoriamente nei confronti dei suoi cittadini costituirebbe una violazione dell'art 9. La Corte di Giustizia, nella sua fondamentale decisione emessa a proposito dell'educazione sessuale a scuola, ha dedotto il divieto dell'indottrinamento nelle strutture scolastiche dal combinato disposto degli artt. 8, 9 e 10 della Convenzione europea per i diritti umani (sulla garanzia contemplata nell'art. 10, cfr. ZANGHÌ, *La libertà di espressione nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici*, in *Riv. dir. int.*, 1969, p. 295 ss.). La garanzia della libertà di pensiero, che è il primo diritto di libertà contemplato nell'art. 9, rivela con chiarezza l'intento di esprimere una valutazione

favorevole nei confronti di ogni Stato che non imponga al suo cittadino alcuna convinzione (*Weltanschauung*) o religione positiva. La Convenzione europea per i diritti umani non contiene un esplicito divieto della chiesa di Stato, ma l'interpretazione della disposizione in tema di libertà religiosa induce a escludere con certezza che lo Stato possa imporre ai suoi cittadini l'appartenenza a una particolare confessione religiosa. Attraverso la libertà del pensiero è tutelata la libertà di fede negativa dell'ateo, del libero pensatore e del nonconformista: come ha precisato la Commissione europea per i diritti dell'uomo nel 1978, è anche protetto il pacifismo, ritenuto una filosofia rientrante nel concetto di "belief" (Commissione, rapp. 12 ottobre 1978, *Arrowsmith c. Regno Unito*, D.R. 19, pp. 5-64). La Commissione ha anche deciso che l'art 9 tutela i cittadini degli Stati da ogni indottrinamento religioso nella scuola e che devono essere create possibilità di esenzione da insegnamenti con carattere religioso (Commissione, dec. 3 dicembre 1986, *Angeleni c. Svezia*, D.R. 51, pp. 41-61).

3. *La libertà di coscienza.* - La libertà di coscienza, definibile come «la libertà per l'individuo di agire, nella propria condotta esterna, rilevante ai fini della regolamentazione normativa, in conformità ai dettami della propria coscienza» (MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale*, cit., p. 32), viene intesa non nel senso di un aspetto particolare del più ampio diritto di libertà religiosa, ma come libertà autonoma, più ampia della libertà religiosa e, in un certo senso, precedente tale libertà; la garanzia della libertà di coscienza riguarda dunque l'esercizio di una libertà che deve essere idonea a ricomprendere ogni possibile atteggiamento dell'individuo imputabile alla sua coscienza e che assume un significato sul piano giuridico quando non si risolve nell'ambito della sfera meramente individuale (LARICCIA, *Coscienza e libertà. Principi costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Bologna, 1989, *passim*; LARICCIA, TARDIOLA, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, III, 1999, p. 815 ss.).

Il riconoscimento della libertà di coscienza significa anzitutto che, in applicazione della disposizione della Convenzione europea, lo Stato si impegna a non esercitare alcuna costrizione della coscienza individuale, ritenendosi unicamente ammissibile un'eventuale limitazione che trovi un suo fondamento nell'art. 9, comma 2 o in altri articoli della Convenzione medesima. I poteri pubblici non devono dunque

proporsi di influenzare le decisioni di coscienza del singolo o di collegare ad esse privilegi o svantaggi. La Corte costituzionale italiana ha riconosciuto il diritto alla libera formazione della coscienza, senza influssi di natura familiare, ambientale, sociale o istituzionale nelle sentenze nn. 409 del 1989, 467 del 1991, 149 del 1995).

Non risulta che vi siano state sinora decisioni che abbiano espressamente applicato l'art. 9 della convenzione, con specifico riferimento alla libertà di coscienza. La Commissione ha tuttavia ritenuto giustificata la punizione nei confronti di alcuni obiettori del servizio militare che, per motivi di coscienza, avevano rifiutato il servizio sostitutivo, poiché l'art 4, comma 3, lett. b) riconosce esplicitamente l'obbligatorietà del servizio sostitutivo (Commissione, dec. 5 luglio 1977, *X. c. Repubblica federale di Germania*, D.R. 9, pp. 196-205). La previsione del servizio sostitutivo al servizio militare come mera facoltà per gli Stati ha indotto la dottrina a negare l'esistenza di un "diritto" all'obiezione di coscienza (Jacobs, *The European Convention of Human Rights*, Oxford, 1975, p. 144 s.; sull'obiezione di coscienza in Europa cfr., nella vasta bibliografia, AA. VV., *L'obiezione di coscienza nei paesi della Comunità europea*, Milano, 1992 ed ivi spec., ERGEC, *Les dimensions européennes de l'objection de conscience*, p. 1 ss., spec. p. 11 ss. e LARICCIA, *Conscientious objection in the Italian law*, 45 ss.; ID., *L'obiezione di coscienza nel diritto italiano*, in *Quad. dir. e pol. ecclesiastica*, 1989, n. 2, p. 61 ss.) In due occasioni l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, con la risoluzione n. 337 del 1967 e con la raccomandazione n. 816 del 1977, ha affermato che la libertà di coscienza garantita dall'art. 9 implica il diritto di rifiutare la prestazione del servizio militare, invitando il Comitato dei Ministri a includere espressamente tale diritto nel sistema della Convenzione; e il Parlamento europeo ha adottato il 7 febbraio 1983 una risoluzione nella quale si chiedeva agli Stati membri della CEE di adeguare le legislazioni nazionali al rispetto di tale principio.

Nel caso riguardante alcuni detenuti nell'Irlanda del Nord, i quali sostenevano che, essendo prigionieri politici o di guerra, la coscienza vietava loro di indossare la divisa carceraria, la Commissione ha osservato che dall'art 9 della Convenzione non si deduce alcun diritto ad uno *status* speciale in carcere (Commissione, dec. 15 maggio 1980, *McFeeley et al. c. Regno Unito*, D.R. 20, pp. 44-160, spec. pp. 76-7, 133-134): la Commissione non ha ritenuto di precisare se

nella fattispecie si trattasse di un problema riguardante la coscienza individuale, ma, come giustamente si è osservato, la decisione deve essere interpretata nel senso che la Commissione non deduce dall'art. 9 alcun diritto a privilegiare colui che, in base a una decisione di coscienza, rifiuta un obbligo di carattere esteriore, come quello di indossare la divisa carceraria (in tal senso, cfr. FROWEIN, *Article 9 § 1*, in *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, a cura di PETTITI, DECAUX e IMBERT, Paris, 1995, 353 ss., spec. p. 354).

In numerose circostanze la Commissione ha ritenuto di dovere ricorrere al principio della libertà di coscienza per valutare leggi riguardanti gli obblighi di voto, dovendosi ritenere che nessuno possa ritenersi obbligato a votare in un determinato senso contrariamente alla sua coscienza. La possibilità di obiezione fiscale per motivi di coscienza è stata chiaramente negata da parte della Commissione (dec. 14 maggio 1984, *E. & G.R. c. Austria*, D.R. 37, pp. 42-49).

Particolare importanza assume in proposito l'affermazione della Commissione nel caso *Arrowsmith*, con riferimento al quale essa ha precisato: «Article 9 primarily protects the sphere of personal beliefs and religious creeds, *i.e.* the area which is sometimes called the *forum internum*. In addition, it protects acts which are intimately linked to these attitudes, such as acts of worship or devotion which are aspects of the practice of a religion or belief in a generally recognised forum» (rapp. 12 ottobre 1978, *Arrowsmith c. Regno Unito*, D.R. 19, pp. 5-64). Con riferimento a tale affermazione della Commissione, VAN DIJK ha osservato che la frase «acts which are intimately linked to these attitudes [...]» probabilmente si riferisce all'ultima parte dell'art. 9, comma 1, che garantisce la libertà di manifestare la propria religione o il proprio pensiero, mentre la frase «the sphere of beliefs and religious creeds, *i.e.* the area which is sometimes called the *forum internum* [...]» si ricollega alla prima parte della disposizione, che prevede e tutela la libertà di pensiero, di coscienza e di religione e la libertà di mutare la propria religione e il proprio credo: questo significa che, nell'orientamento seguito dalla Commissione, la libertà di coscienza attiene soltanto ad una garanzia del *forum internum* e della libertà "interiore" di coscienza (VAN DIJK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague-London-Boston, 1998, p. 544). Qualunque sia l'opinione sostenuta dalla Commissione,

è comunque da ribadire che le esigenze di tutela di quella specifica libertà che si definisce come libertà di coscienza, richiedono che sia al massimo grado assicurata la libertà per l'individuo di "agire", di porre dunque in essere atti e comportamenti, in conformità ai dettami della propria coscienza: per valutare quindi entro quali limiti la libertà di coscienza possa essere fatta valere nei confronti di divieti delle autorità pubbliche e private, occorre precisare che la garanzia contemplata nella disposizione della convenzione qui considerata deve essere idonea a ricomprendere ogni possibile atteggiamento dell'individuo imputabile alla sua coscienza (per una precisazione di alcuni problemi e concetti qui esaminati cfr. di recente LARICCIA, TARDIOLA, *Obiezione di coscienza*, cit.).

4. *La libertà di religione e verso la religione.* - La libertà di religione contenuta nella prima parte dell'art. 9, comma 1 considera unicamente il diritto di avere una religione, nonché il diritto di professarla, mentre il suo esercizio è disciplinato nella seconda parte del comma medesimo. Lo Stato non deve né prescrivere religioni né vietarle: evidentemente l'espressione "religione" non può essere interpretata nel senso di riferirla soltanto alle grandi religioni. La religione tuttavia deve essere identificabile come tale: ed infatti la Commissione non ha considerato come violazione dell'art 9 il rifiuto, da parte di una amministrazione carceraria, di registrare un detenuto con la religione *Wicca*, osservando che l'interessato non aveva spiegato quali possibilità di esercizio religioso egli volesse ottenere con tale registrazione (dec. 4 ottobre 1977, *X. c. Regno Unito*, D.R. 11, p. 55-57).

Nel caso *Darby*, esaminando una fattispecie nella quale l'interessato doveva pagare le tasse alla chiesa di Stato svedese, pur non appartenendo ad essa, la Commissione ha sottolineato in particolare il significato della libertà di religione "negativa" riconosciuta dall'art 9 ed ha affermato che tale disposizione garantisce anche che nessuno venga direttamente coinvolto in attività religiose, se non lo desidera e non è membro della comunità religiosa in oggetto (Corte, 23 ottobre 1990, *Darby c. Svezia*, Serie A, n. 187, par. 19). La Corte di Giustizia tuttavia ha ritenuto superfluo, nel caso, un esame della eventuale violazione dell'art. 9, essendosi limitata ad accertare una violazione degli artt. 1 e 14 (cfr. in proposito FROWEIN, *Art. 9, § 1*, cit., p. 356, il quale ritiene giustamente che condizione fondamentale della libertà

di religione è che lo Stato escluda ogni coinvolgimento obbligatorio nelle attività religiose).

In applicazione delle norme contenute negli artt. 9 e 14 Conv., lo Stato non deve far discendere dall'appartenenza a una religione privilegi o svantaggi che determinerebbero una ingiustificata discriminazione dei soggetti interessati e un'inammissibile violazione delle due indicate disposizioni: la Commissione e la Corte di Giustizia hanno stabilito questo principio in una fattispecie (caso Hoffmann), nella quale alcuni tribunali austriaci avevano concesso il diritto di tutela personale dei figli, dopo il divorzio, a una donna appartenente alla confessione dei Testimoni di Geova. La Corte suprema austriaca aveva dichiarato inammissibile la soluzione adottata dai tribunali, considerandola in contrasto con la legge sull'educazione religiosa dei figli, che in questo caso erano cattolici, e contraria all'interesse dei figli, per i rischi che questi avrebbero potuto subire a seguito di un'eventuale rifiuto, da parte della madre, di sottoporsi a una trasfusione del sangue che si rendesse eventualmente necessaria. La Corte costituzionale austriaca aveva sostenuto la tesi che non si potesse concedere il diritto di tutela personale a un Testimone di Geova se i figli non fossero appartenenti a questa religione. La Commissione ha ritenuto tale principio in contrasto con l'art 8, che prevede il rispetto della vita privata e familiare, in connessione con l'art 14, in quanto la decisione contraria al diritto di tutela personale da parte della madre sarebbe stata presa esclusivamente in base alla sua religione, in assenza di un'ulteriore e sufficiente giustificazione, anche in considerazione del fatto che in Austria è ammesso, in quanto conforme alla legge, l'esercizio della religione dei Testimoni di Geova. La Corte ha confermato questa interpretazione della Commissione (Corte, 23 giugno 1993, *Serie A*, n. 255-C, § 36).

Uno dei problemi tradizionalmente più complessi della materia riguardante i diritti di libertà, e, in particolare, l'esercizio delle libertà di religione è quello consistente nel precisare se la libertà di religione comporti un obbligo per lo Stato anche nella c.d. tutela "positiva". In proposito la Commissione ha assunto un orientamento favorevole. Quando la "Church of Scientology" denunciava il fatto che, secondo il diritto svedese, la chiesa non poteva procedere autonomamente contro le offese subite, la Commissione ha sottolineato che in tali ipotesi la legge svedese prevede la decisione del pubblico ministero, la quale,

nel caso specifico, sarebbe stata presa in base a motivazioni obiettive (Commissione, dec. 14 luglio 1980, *Chiesa di Scientology e 128 suoi membri c. Svezia*, D.R. 21, pp. 109-115). La motivazione della Commissione induce a ritenere che, l'ipotesi di una eventuale mancanza di qualsiasi tutela legale nel caso dell'offesa di sentimenti religiosi potrebbe costituire una violazione dell'art 9. Opinione condivisa dalla dottrina, la quale ha rilevato che, soprattutto in uno Stato pluralista dal punto di vista confessionale, l'art. 9 Conv. obbliga i pubblici poteri ad assicurare la tolleranza religiosa e cioè a mantenere la pace religiosa. La Corte ha applicato coerentemente questo principio nel caso del Otto-Preminguer-Institut, ritenendo ammissibile, nella sentenza del 20 settembre 1994 cit. *infra*, § 6, il riconoscimento di tutela delle convinzioni religiose altrui come base per la previsione di limitazioni della libertà di opinione (v. FROWEIN, *Art. 9, § 1, cit.*, p. 372).

L'espreso riferimento normativo alla libertà di manifestare "collettivamente" il proprio credo e al carattere pubblico del fenomeno religioso induce a ritenere garantiti anche i gruppi religiosi collettivi e non solo gli individui (cfr. in tal senso MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale*, cit., p. 40); d'altra parte, la tutela del diritto di associarsi per finalità religiose e della garanzia dei gruppi religiosi, oltre che degli individui, è generalmente riconosciuta nei paesi dell'Unione europea: sono in particolare da ricordare gli artt. 8 e 19 della Costituzione italiana, 137 della Costituzione tedesca, 6 della Costituzione olandese, 67 della Costituzione danese, 26 della Costituzione lussemburghese, 41, comma 3, della Costituzione portoghese. La tesi favorevole alla garanzia dei gruppi religiosi è stata in un primo momento respinta dalla Commissione, che ha ritenuto la disposizione della Convenzione sulla libertà religiosa applicabile soltanto nei confronti degli individui, e ha esaminato il ricorso presentato dalla chiesa o comunità religiosa considerando i ricorrenti nella loro qualità di fedeli impegnati a rappresentare e difendere gli interessi della confessione religiosa (dom. 3798/68, *Chiesa di X. c. Regno Unito*, in *Yearbook*, 1969, p. 306 ss. e 7865/77) (sulla rilevanza e la "rappresentanza" degli interessi dei fedeli negli ordinamenti degli Stati, cfr. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano, 1967); in un secondo momento, è stata accolta la soluzione di ritenere tutelato anche il gruppo religioso, in se stesso considerato, sul fondamento del presupposto che il diritto alla libertà di religione

come tale tutela anche l'associazione di persone in una chiesa o comunità religiosa (nel caso, si trattava della chiesa di Scientology), e che queste ultime possono dunque difendere le proprie ragioni anche a prescindere dal loro ruolo come rappresentanti dei rispettivi membri (dom. 7805/77, *Pastore X. e Chiesa di Scinetology c. Svezia*, in *Yearbook*, 1979, p. 244 ss.; v. anche dec. 14 luglio 1987, *A.R.M. Chappel c. Regno Unito*, D.R. 53, pp. 241-253; dec. 11 aprile 1996, *Finska Foramlingen di Stoccolma e Hautaniemi c. Svezia*, D.R. 85-A, pp. 94 ss.). [Sulle confessioni religiose nell'Unione europea cfr. CASTRO JOVER (a cura di), *Iglesias, confesiones y comunidades religiosas en la Union Europea*, Bilbao, 1999 ed ivi spec. JANSEN, *Dalogue entre la Commission européenne, les églises et les communautés*, p. 77 ss.; MARGIOTTA BROGLIO, *In Europa il Vaticano è declassato*, in *Limes*, n. 1, 2000, p. 153 ss.].

Contro la chiesa, anche una chiesa di Stato, il diritto alla libertà di religione non è applicabile per quanto riguarda l'obbligatorietà delle regole di battesimo da osservare dal sacerdote: in questo senso può ricordarsi la decisione della Commissione nel caso di un ricorso di un sacerdote danese contro la chiesa di Stato danese (Commissione, dec. 8 marzo 1976, *X. c. Danimarca*, D.R. 5, pp. 157-160; v. FROWEIN, *Art. 9, § 1*, cit., p. 372). Tuttavia, l'esistenza di una chiesa come chiesa di Stato, in un sistema nel quale gli organi statali abbiano determinate competenze, per esempio l'attribuzione di poteri in ordine all'esercizio di sanzioni disciplinari nei confronti dei sacerdoti, non deve in alcun modo significare l'obbligo dei cittadini di appartenenza alla chiesa medesima o di esercizio del culto di tale chiesa. In un caso, verificatosi in Norvegia, del ricorso di un sacerdote, che era stato licenziato per il rifiuto di adempiere doveri di ufficio, e che per motivare il suo rifiuto aveva citato la legislazione norvegese sull'aborto, in contrasto con le sue convinzioni religiose, la Commissione ha sottolineato che il sacerdote non veniva ostacolato nel professare la sua fede (Commissione, dec. 8 marzo 1985, *Borre c. Norvegia*, D.R. 42, pp. 247-268; v. FROWEIN, *Art. 9, § 1*, cit., p. 372).

Per quanto riguarda la libertà di cambiare religione o credo di fede, è da ricordare che, a differenza della maggior parte delle Costituzioni europee (cfr., ad esempio, l'art. 19 Cost. it.), la Convenzione europea per i diritti umani assicura esplicitamente il diritto di cambiare religione o convinzione, considerandolo un aspetto fondamentale

per l'effettivo esercizio delle libertà di religione. In Svezia, dove fino al 1950 la presenza di una chiesa di Stato rendeva impossibile l'abbandono della chiesa se non a seguito di un'adesione ad un'altra comunità di fede cristiana, il principio è mutato nel 1951, proprio in conformità alla disposizione contenuta nella convenzione europea.

È qui da notare che se la versione inglese dell'art. 9, con le parole «religion or belief», può fare pensare che il diritto di cambiare sia esplicitamente assicurato soltanto nel caso di religione e “fede religiosa”, la versione francese, che usa le espressioni «religion ou de conviction», dimostra che inclusa nella garanzia è anche la “convinzione” non religiosa. È dunque da ritenere che, ove una chiesa o una confessione religiosa non prevedano l'ipotesi dell'abbandono, deve essere il diritto statale a prevederne la possibilità, in quanto, come giustamente si è osservato, dal diritto di cambiare religione deriva un dovere di garanzia da parte dello Stato [v. FROWEIN, *Art. 9*, § 1, cit., p. 373, il quale critica il modo in cui la Commissione nel 1976 aveva trattato il ricorso di un detenuto britannico, che aveva espresso il desiderio di abbandonare la “Church of Scotland”, al quale sarebbe stato detto di parlarne con il sacerdote del carcere e di presentare eventualmente un ricorso alla “Visiting Committee”, organo incaricato di esaminare i reclami interni del carcere, che avrebbe potuto decidere in ultima istanza sul suo desiderio: la Commissione non aveva approfondito il punto ed aveva invece preso in esame un rifiuto, lamentato precedentemente, di registrare il cambiamento della religione nella documentazione del carcere].

A proposito di un ricorso, respinto dalla Commissione nel 1965, senza addurre i motivi del diniego, in cui un islandese protestava contro l'appartenenza alla chiesa, stabilita nel battesimo infantile all'età di pochi mesi (dom. 2525/65, *C.D.* 22, p. 33 ss., giustamente osserva FROWEIN (*Art. 9*, § 1, cit., p. 373), che, esistendo in Islanda, come in altri stati della convenzione, un sistema di chiesa di Stato, sarebbe stato necessario approfondire gli effetti del battesimo e le ipotesi di concreta possibilità di abbandonare una chiesa. La validità giuridica del battesimo infantile può rappresentare infatti un problema di libertà dalla religione, nel caso di persone che, in seguito, si allontanano completamente dalla chiesa o che scelgono una chiesa diversa. La decisione dei genitori al momento del battesimo non rappresenta una giustificazione sufficiente per contrastare la successiva decisione

contraria dell'interessato; in applicazione della libertà di religione garantita dalla Convenzione, che riconosce il diritto di abbandonare la religione ove lo si desideri, dovrebbe ritenersi attribuito il potere di correggere, in base al diritto statale e in maniera retroattiva, l'atto del battesimo, con la possibilità anche di chiedere la cancellazione del riferimento alla persona battezzata che in età adulta dichiara di volere eliminare l'indicazione del proprio nome nell'atto di battesimo.

Per quanto riguarda il diritto di manifestare la propria religione o il proprio credo, l'art 9, comma 1, nella seconda parte della disposizione, garantisce il libero esercizio della libertà di religione o convinzione, individualmente o in comunità con altri, in privato, cioè nelle case e abitazioni, ed in pubblico, riconoscendo evidentemente alla libera decisione del singolo la scelta fra le diverse forme di esercizio. Nella disposizione vi è un esplicito riferimento a quattro diverse forme di esercizio: il rito religioso o il culto, mediante la cui tutela viene protetta la forma tipica di venerazione e predicazione religiosa; l'insegnamento delle tradizioni religiose, che equivale all'insegnamento dei principi di convinzioni ideali (una violazione di tale principio, come vedremo, è stata ravvisata nella condanna, in Grecia, di alcuni Testimoni di Geova per aver pubblicizzate le loro convinzioni religiose); l'osservanza di usanze e riti religiosi, come ad esempio la partecipazione a processioni ma anche l'uso di indossare abiti religiosi, come il turbante (Commissione, dec. 12 luglio 1978, *X. c. Regno Unito*, D.R. 14, pp. 234-235); le pratiche religiose, a proposito delle quali si pone il dubbio se la disposizione protegga anche l'esercizio di pratiche che costituiscano espressione di convinzioni non religiose; al riguardo è da ricordare che la Commissione, nel già ricordato caso *Arrowsmith*, con riferimento ad una distribuzione di volantini da parte di una pacifista, ha ritenuto che anche la pratica di convinzioni non religiose può essere tutelata dall'art 9, comma 1: il pacifismo sarebbe da considerare una convinzione, e manifestazioni come il volantinaggio potrebbero senz'altro rappresentare l'esercizio di convinzioni pacifiste. Tuttavia, in questo caso, non si ritenne sufficiente il fatto che la distribuzione fosse motivata da convinzioni pacifiste, si attribuì valore decisivo al contenuto dei volantini come espressione di tali convinzioni e si negò nel caso concreto la sussistenza reale di tali convinzioni (Commissione, rapp. 12 ottobre 1978, *Arrowsmith c. Regno Unito*, D.R. 19, pp. 5-64). Anche a proposito del

caso di alcuni detenuti nell'Irlanda del Nord, che avevano rifiutato di indossare la divisa carceraria, la Commissione non ha respinto il ricorso con riferimento alla garanzia contenuta nell'art 9, comma 1, ma ha motivato la decisione, osservando che questo tipo di manifestazione non era tutelato in quanto, in carcere, non esiste il diritto di indossare abiti propri (Commissione, dec. 15 maggio 1980, *McFeeley et al. c. Regno Unito*, D.R. 20, pp. 44-160, spec. p. 76). Se ne può dedurre che anche la manifestazione di concezioni non religiose attraverso determinate pratiche risulta garantita dall'art 9, ma che non ogni azione motivata dalla religione o dalla convinzione [*Weltanschauung*] sia protetta dall'art 9, comma 1 e che l'espressione della convinzione deve manifestarsi in un comportamento chiaramente riferito ad essa (v. in tal senso FROWEIN, *Art. 9, § 1*, cit., p. 375).

5. *I limiti ai diritti di libertà in materia religiosa.* - Secondo l'art. 9, comma 2 può essere limitato soltanto il diritto all'esercizio (*manifest/manifeste*) di una religione o convinzione, e non il diritto generale alla libertà di religione e di pensiero, né il diritto di cambiare religione o convinzione [*Weltanschauung*]. Sono rare, e non sempre convincenti, le decisioni che riguardano le cause di limitazione dei diritti di libertà religiosa, secondo l'art 9, comma 2: oltre ad un caso nel quale si sono ritenuti giustificati i motivi addotti per vietare a un ebreo convertitosi al buddismo di lasciarsi crescere la barba, come prescritto dalla sua religione, e di possedere un "rosario" buddista (motivi consistenti nella necessità di una più facile identificazione del detenuto e nell'esigenza di mantenimento della sicurezza e della disciplina) (Commissione, dec. 18 maggio 1976, *X. c. Regno Unito*, D.R. 5, pp. 100-102), può ricordarsi che è stato giustificato con l'esigenza di tutela della salute l'obbligo del motociclista di portare il casco (Commissione, dec. 12 luglio 1978, *X. c. Regno Unito*, D.R. 14, pp. 234-237), anche se successivamente, nella legislazione britannica, l'obbligo del casco nel caso dei sikh è stato annullato, dopo che in numerose occasioni si era discusso della possibile violazione di diritti di libertà riguardanti la coscienza individuale.

6. *La giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo.* - Altre fattispecie potrebbero essere qui ricordate, ma motivi di spazio previsti per questo commento impongono di concludere.

Una valutazione complessiva dell'interpretazione delle garanzie di libertà religiosa da parte degli organi previsti per assicurare il rispetto della Convenzione europea consente di rilevare che la Commissione ha generalmente respinto i ricorsi sottoposti al suo esame (cfr. MORVIDUCCI, *Libertà*, cit., p. 6): alla sua attenzione sono stati posti soprattutto problemi relativi alla titolarità del diritto di libertà religiosa, all'individuazione dei soggetti tenuti al rispetto della libertà stessa, ai limiti posti all'esercizio della libertà religiosa: nella maggior parte dei casi risulta evidente l'intento della Commissione di accogliere le ragioni addotte dagli Stati.

Notevole importanza assumono in proposito tre sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, nelle quali si è evidenziata la difficoltà di una definizione dei confini del diritto di libertà religiosa garantito nell'art. 9. Una prima sentenza è quella riguardante l'affare, già ricordato in precedenza, *Kokkinakis c. Grecia* (sent. 25 maggio 1993). In Grecia, la cui Costituzione vieta l'attività di proselitismo, attività sanzionata anche penalmente, un testimone di Geova, condannato perché aveva svolto propaganda religiosa, si era rivolto alla Corte europea, la quale afferma nella sentenza che il tribunale greco aveva violato l'art. 9 della Convenzione. La sentenza è stata giustamente criticata, perché in essa si afferma una pericolosa distinzione tra proselitismo (lecito) e abuso di proselitismo (illecito), consistente quest'ultimo nell'offerta di vantaggi materiali o sociali, nell'esercizio di indebite pressioni su persone in stato di difficoltà o di bisogno, in violenze fisiche o psichiche al fine di ottenerne la conversione. La Corte persegue l'obiettivo di prevedere una distinzione fra i movimenti per i quali è giusto garantire la libertà di religione e quelli che sfruttano tale libertà per perseguire altri fini, e nella sentenza non sono fornite convincenti indicazioni a proposito di tale distinzione e si ricorre, oltre che al concetto di «proselitismo di cattivo gusto» utilizzato dalla giurisprudenza greca, a un documento del Consiglio ecumenico delle chiese, in cui si parla di «attività» che comportino «vantaggi materiali o sociali al fine di ottenere adesioni a una chiesa» oppure esercitando una «pressione abusiva» e un «lavaggio del cervello» (cfr. sul punto MARTINEZ TORRON, *La libertad de proselitismo*, cit., p. 68; FERRARI, IBAN, *Diritto e religione in Europa occidentale*, Bologna, 1997, p. 19; CECCANTI, *Libertà religiosa*, cit., p. 156). Giustamente nell'opinione concorrente del giudice Pettiti si pongono in rilievo i limiti di

tale sentenza, osservando che di per sé «il proselitismo è legato alla libertà di religione» anche nei confronti di credenti di quella che è «per tradizione storica Chiesa di Stato o “religione dominante”» e che per proteggere i minori si possono adottare precise disposizioni penali, mentre per la protezione dei maggiorenni occorre utilizzare le legislazioni fiscali e sociali e il diritto comune in materia di pubblicità ingannevole.

La seconda sentenza, emessa l'anno dopo (20 settembre 1994, *Otto-Preminguer-Institut c. Austria*, in *Riv. dir. intern.*, 1995, p. 413 ss., con nota di MARGIOTTA BROGLIO, *Uno scontro tra libertà*, cit.), ha stabilito la superiorità della libertà di religione sulla libertà di espressione, ritenendo ammissibile la repressione, da parte di uno Stato, delle espressioni vilipendiose nei confronti di una religione. La vicenda ha inizio dopo la proiezione, in una sala cinematografica di Innsbruck, di proprietà dell'Istituto Preminguer, di un film del regista Schroeter dal titolo *Das Liebeskonzil (Il Concilio d'amore)*, tratto da un libro di Oscar Panizza: il film era vietato ai minori di diciassette anni e veniva proiettato nelle ore serali. La diocesi cattolica di Innsbruck aveva denunciato l'Istituto Preminguer per vilipendio delle dottrine religiose, ai sensi dell'art. 188 del codice penale austriaco, e la pellicola era stata sequestrata. Nel ricorso presentato dall'istituto che ne aveva promosso la visione si osservava che il film rappresentava gli eccessi cui conduce la fede religiosa, attraverso immagini caricaturali che mettevano in evidenza le relazioni tra credenze religiose e sistemi di oppressione temporale e si concludeva che il sequestro della pellicola aveva violato l'art. 10 della Convenzione europea, perchè il libro da cui era tratto il film non era vietato in Austria e perchè, indipendentemente dal messaggio del film, non esistevano gravi ragioni per giustificare una misura così radicale. Il governo austriaco obiettava che il sequestro era stato disposto per motivi di ordine pubblico e per garantire diritti altrui, in questo caso la tutela del sentimento religioso. La Corte europea, richiamandosi alla precedente sentenza sopra ricordata, afferma che esiste la libertà di convinzioni, tutelata dall'art. 9, della quale la libertà religiosa è uno degli aspetti più rilevanti: i giudici introducono però «una pericolosa distinzione tra esercizio dell'opposizione ad una religione o del diniego di esso e il modo in cui la critica viene esercitata» (MARGIOTTA BROGLIO, *Uno scontro tra libertà*, cit., p. 371): ma la libertà religiosa non presuppone

che i credenti non siano esposti alle critiche. A mio avviso pienamente giustificate sono le perplessità che la sentenza ha suscitato: in proposito, voglio qui ribadire il giudizio negativo da me espresso subito dopo avere conosciuto la decisione emessa dalla Corte: «È per me difficile nascondere i sentimenti di disagio e di inquietudine di fronte ad una sentenza che, se non altro per l'autorità del soggetto decidente, inevitabilmente attribuisce alla censura una dignità morale e culturale che risulta preoccupante, anche per la consapevolezza di quanto avviene negli stati islamici, che regolarmente vietano film non in linea con le interpretazioni più integraliste dell'Islam» (*Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, in *Dir. eccl.*, 1995, I, pp. 383 ss., spec. p. 406). Le preoccupazioni suscitate dalla sentenza non sono soltanto giustificate per le conseguenze della possibilità di irrigidimento di posizioni integraliste delle religioni, ma anche perchè dalla sentenza potrà derivare l'effetto di una tutela della religione in base al luogo nel quale essa è diffusa e del recupero di principi inaccettabili, come quello che prevede una protezione privilegiata nei confronti della maggioranza di una popolazione che pratica una religione (cfr. MARGIOTTA BROGLIO, *Uno scontro tra libertà*, cit., p. 377; per una valutazione dei problemi connessi alla tutela penale della religione può vedersi LARICCIA, *Coscienza e libertà*, cit., p. 81 ss.; ID., *Tutela penale dell' "ex religione dello Stato" e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 4311 ss.).

La sentenza emessa dalla Corte europea il 24 febbraio 1998, nel caso *Larissis ed altri c. Grecia* (pubblicata in *Dir. eccl.*, 1999, II, p. 211 ss.) trae origine dai ricorsi inoltrati contro la Repubblica ellenica da tre cittadini greci, ufficiali dell'aeronautica militare, condannati, ai sensi dell'art. 4 della legge greca n. 1363 del 1938, per la loro attività di proselitismo esercitata, in diverse occasioni, nei confronti di tre aviatori, loro subalterni, avvalendosi dell'influenza derivante dalla loro superiore condizione gerarchica, e nei riguardi di un intero nucleo familiare e di diversi civili. I ricorrenti sostenevano che il divieto legislativo delle attività di proselitismo dovesse ritenersi in contrasto con il disposto dell'art. 9, comma 1 della Convenzione, dovendosi considerare la proibizione del proselitismo religioso un ostacolo al godimento della libertà individuale e collettiva di religione. Il governo greco ribadiva l'opinione tendente a porre una netta distinzione tra le attività di «testimonianza cristiana» e quelle di «proselitismo

illecito», consistente quest'ultimo nell'utilizzazione di mezzi ingannevoli indegni e immorali, come, ad esempio, lo sfruttamento della povertà, della fragilità intellettuale e dell'inesperienza altrui, al fine di ottenere l'adesione dell'interlocutore a un determinato messaggio religioso. Con riferimento agli artt. 7, 9 e 10 della Convenzione, la sentenza stabilisce il principio che le esigenze di salvaguardia dell'ordine pubblico non possono violare i principi consacrati nella Convenzione, per i quali, tra l'altro, soltanto la legge può qualificare un fatto quale reato e comminare la relativa pena, e che deve essere garantita e tutelata la libertà religiosa, senza alcuna discriminazione di religione, opinioni politiche o appartenenza a minoranze.

La Corte europea ha ritenuto di non potere emettere una condanna del proselitismo in senso assoluto e ha considerato prioritaria l'esigenza di garantire la libertà di coscienza di coloro che sono i destinatari delle attività di proselitismo; la Corte di Strasburgo, aderendo sostanzialmente al punto di visto espresso dal governo greco e confermando l'opinione accolta in precedenza nel caso *Kokkinakis*, ha ritenuto ammissibile che le attività di proselitismo configurino l'ipotesi di un illecito penale e di una violazione del diritto individuale alla libertà di religione, allorquando l'opera di divulgazione delle proprie convinzioni religiose superi i confini della semplice volontà di testimoniare la personale adesione al messaggio cristiano, per tradursi in proselitismo "abusivo". La Corte, in particolare, afferma l'infondatezza delle doglianze sollevate dai ricorrenti in merito a una presunta violazione degli artt. 9 e 14 della CEDU, osservando che essi non avevano prodotto alcuna prova relativamente all'ipotesi di un diverso, e più benevolo, atteggiamento dei giudici greci nell'eventualità in cui un ufficiale delle forze armate tentasse di convertire i suoi subordinati, nonché alcuni civili alla fede ortodossa, e non ritiene possa giudicarsi sulla compatibilità della legislazione greca con la disposizione della Convenzione sulla libertà religiosa: la tesi accolta nella sentenza conferma la tendenza dei giudici di Strasburgo a non esprimere astratte valutazioni in merito alla conformità di un provvedimento legislativo nazionale rispetto alle disposizioni convenzionali (cfr. sul punto *STARACE, La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992, p. 55), a meno che non possa ravvisarsi l'ipotesi di violazione della Convenzione come diretta conseguenza di un determinato testo normativo. La sentenza suscita

perplexità non soltanto per la sottigliezza, direi la labilità e l'evanescenza della distinzione tra «testimonianza cristiana» e «proselitismo illecito», nonché per i dubbi sulle concrete modalità di applicazione di tale distinzione, ma anche per le conseguenze preoccupanti che tale orientamento della Corte potrebbe determinare: nel giustificare eventuali interventi e interferenze dei pubblici poteri negli aspetti più intimi della coscienza religiosa degli individui soggetti alla giurisdizione delle autorità statali (cfr. MARTINEZ TORRON, *La libertad de proselitismo*, cit., p. 69); nel favorire la legittimazione, in alcuni Stati come l'Italia e la Spagna, e l'irrigidimento, in altri come la Grecia, del principio che riconosce una posizione di privilegio alla religione professata dalla maggioranza della popolazione, con inevitabili ripercussioni sui principi di laicità dello Stato (principio ritenuto dalla Corte costituzionale italiana principio supremo dell'ordinamento costituzionale con sent. n. 203 del 1989) e della eguale libertà delle confessioni religiose (art. 8, comma 1 Cost. italiana); nel legittimare eventuali orientamenti giurisprudenziali e politici volti a non fornire alcun tipo di tutela ai soggetti condannati dai tribunali confessionali per il reato di vilipendio della religione nazionale (v. sul punto le giuste osservazioni di PARISI, *La sentenza Larissis*, cit., p. 281 s.).

## *Minoranze in Europa\**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. Protezione internazionale, sovranazionale e nazionale delle minoranze. - 3. La tutela delle minoranze in Europa. L'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'art. 13 (*ex art.* 6A) del Trattato che istituisce la Comunità europea. L'art. F, § 2 del Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992. - 4. La tutela delle minoranze in Europa dopo il 1975. L'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OCSE). - 5. Le minoranze nell'azione più recente del Consiglio d'Europa. La convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali. - 6. Le nuove minoranze. La politica europea nei confronti degli stranieri. - 7. I musulmani in Europa. - 8. Considerazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive.* – Nel suo importante contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa, Anna Ravà nel 1959, riprendendo un'osservazione di Paolo Barile, che nel 1952 aveva scritto che «la parità di tutela delle minoranze in qualsiasi campo rispetto alle maggioranze è il primo canone del principio fondamentale di democrazia sancito dall'art. 1 della Costituzione»<sup>1</sup> giustamente ricordava che tale principio di eguale protezione delle minoranze è la conseguenza della pari dignità sociale e giuridica di fronte alla legge che un regime democratico deve necessariamente riconoscere, per la propria essenza, a tutti i cittadini, «senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali»<sup>2</sup>. L'argomento della condizione giuridica delle minoranze in Europa è sempre stato di particolare complessità e oggi assume anche una maggiore importanza rispetto al passato, perché esso, valutato nelle

---

\* In *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, 5, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 762-7 e, con il titolo *I diritti delle minoranze in Europa*, in *Studi in onore di Anna Ravà*, Torino, Giappichelli, 2003.

<sup>1</sup> P. BARILE, *Appunti sulla condizione dei culti acattolici in Italia*, in *Dir. eccl.*, LXII, 1952, I, p. 353.

<sup>2</sup> *Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa*, Milano, 1959, p. 86.

nuove prospettive di studio del diritto europeo e, più in generale, della dimensione sovranazionale delle discipline giuridiche, è collegato ad altri temi di grande rilievo per il futuro dell'umanità come sono quelli dell'autodeterminazione dei popoli, della protezione dei diritti umani nelle società contemporanee<sup>3</sup>, delle nuove concezioni della cittadinanza, o meglio delle diverse forme di cittadinanza, e delle possibili garanzie affidate a una Costituzione europea.

L'esigenza di garantire una tutela nei confronti delle minoranze non è un problema soltanto europeo, è un problema mondiale: ma è in Europa che la questione delle minoranze si è posta in modo particolarmente acuto; ed è in Europa che il tema delle minoranze ha posto, nel periodo più recente, dei problemi di grandissima attualità<sup>4</sup>.

Giustamente si è osservato che l'Europa, con la ricchezza della sua cultura e della sua storia, è la culla ideale per una cultura delle minoranze, perché è proprio dall'unione di popolazioni, lingue, religioni e tradizioni diverse che è nato il patrimonio culturale del vecchio continente, a livello giuridico<sup>5</sup>, scientifico, filosofico, letterario, artistico e musicale<sup>6</sup>.

Il tema delle minoranze è materia in primo luogo di accertamento quale fenomeno della realtà sociale, e, successivamente, soltanto successivamente, di qualificazione giuridica; ove il problema lo si affronti dal punto di vista giuridico, non è certamente indifferente la caratterizzazione ideologica dello Stato che prevede una determinata disciplina normativa; tale caratterizzazione ideologica ha trovato la sua realizzazione giuridicamente e istituzionalmente più stabile nella forma di Stato ispirata al modello del costituzionalismo liberal-democratico classico<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. S. LARICIA, *Una speranza per il futuro. Una maggiore tutela dei diritti umani nel mondo*, in *queste istituzioni*, XXIII (1995), p. 117 ss.

<sup>4</sup> V. sul punto P. FOIS, *La protezione internazionale delle minoranze: il caso dell'Europa*, in *L'Europa delle diversità. Identità e culture alle soglie del terzo millennio*, a cura di M. PINNA, Milano, F. Angeli, 1994, pp. 11-17, spec. p. 11.

<sup>5</sup> Sulla cultura giuridica europea cfr. P. HABERLE, *Per una dottrina della costituzione europea*, in *Quad. cost.*, XIX (1999), n. 1, p. 3 ss., spec. pp. 28-29.

<sup>6</sup> E. PALICI DI SUNI PRAT, *Intorno alle minoranze*, Torino, 1999, p. 168.

<sup>7</sup> V. in proposito le giuste osservazioni di R. TONIATTI, *Minoranze, diritti delle*, in *Enc. scienze sociali*, V, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1996, pp. 701-709, spec. p. 702.

Com'è noto il problema della tutela delle minoranze viene esaminato sotto vari profili. È infatti evidente che se si definisce “minoranza” un gruppo di persone che si distinguono per qualche aspetto da tutti gli altri, «in questa accezione il concetto di minoranza è infinito, perché infiniti sono i possibili elementi di distinzione: si può appartenere ad una minoranza in quanto uomo o in quanto donna, in quanto religioso o in quanto ateo, in quanto analfabeta o in quanto laureato»<sup>8</sup>.

Se, dal punto di vista giuridico, assumono rilievo tutti i gruppi minoritari ai quali l'ordinamento riserva un trattamento speciale, di favore o di sfavore; di solito con il termine “minoranza” ci si riferisce per lo più a gruppi di persone caratterizzati da una razza, da una lingua, da una religione, da una etnia, che sono diverse rispetto a quelle prevalenti nella comunità statale di appartenenza.

Non vi è dubbio che la tutela dei diritti delle minoranze è uno degli aspetti significativi del programma globale relativo alla protezione dei diritti umani nel mondo; ed è un problema che presuppone la consapevolezza dell'importanza che assume la difesa delle identità e delle diversità per la costruzione di società democratiche e pluraliste. Nella nostra Costituzione c'è una disposizione che fa riferimento a questo obiettivo, quella dell'art. 8, comma 3, nella quale è stabilito il principio della libertà delle confessioni religiose “diverse dalla cattolica” di organizzarsi secondo i propri statuti<sup>9</sup>: questo obiettivo di valorizzazione della diversa identità di un gruppo sociale rispetto agli altri esistenti nella società – un elemento che nella Carta costituzionale italiana riguarda espressamente le sole minoranze religiose, poiché solo nei confronti di queste ultime si fa esplicito riferimento all'elemento della “diversità” rispetto al culto cattolico prevalente in Italia –, assume una grande importanza per il problema della protezione di tutte le minoranze: quelle nazionali, etniche, culturali o linguistiche<sup>10</sup>; queste ultime, le minoranze linguistiche, sono invece le uniche minoranze che nella Costituzione del 1948 siano espressamente

---

<sup>8</sup> E. PALICI DI SUNI, *Minoranze*, in *Dig. IV, Disc. pubbl.*, IX (1994), Torino, Utet, p. 547 ss.

<sup>9</sup> Può vedersi in proposito S. LARICCIA, *Statuti delle confessioni religiose*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, pp. 1071-1083.

<sup>10</sup> V. sul punto S. BARTOLE, *La cittadinanza e l'identità europea*, in *Quad. cost.*, XX (2000), pp. 39-58, spec. pp. 49-52.

qualificate come tali, nella disposizione dell'art. 6, che impegna la Repubblica a tutelarle con apposite norme.

L'ambito di protezione dei diritti umani nei vari sistemi nazionali tende a divenire sempre più vasto. Esso comprende le c.d. libertà civili, i diritti politici e quelli economici, sociali e culturali, i diritti delle minoranze e dei popoli (si pensi all'importanza che assume il problema, purtroppo di attualità anche ai nostri giorni, della questione razziale: in Italia, con la legge 25 giugno 1993, n. 205, sono state adottate misure urgenti in materia di "discriminazione razziale, etnica e religiosa"), il diritto alla pace (per l'ordinamento italiano assumono grande importanza le disposizioni costituzionali degli artt. 10 e 11 Cost.), il diritto all'ambiente, concepito come diritto alla qualità della vita gradevole (per l'Italia, cfr. artt. 9 e 32 Cost.), il diritto allo sviluppo della persona e dei popoli (cfr. in proposito la risoluzione generale dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 4 dicembre 1986), il diritto al patrimonio comune dell'umanità – diritto al patrimonio comune spaziale, marittimo, naturale e culturale – (una convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura-Unesco firmata a Parigi il 23 novembre 1972 attribuisce alla "comunità internazionale" il compito di conservazione di tale patrimonio), il diritto all'autonomo sviluppo dei bambini (l'art. 44 della Convenzione di New York del 1989 chiedeva agli Stati aderenti di consegnare entro due anni un «rapporto sulle misure da essi adottate per applicare i diritti riconosciuti [...] e sui progressi compiuti nella realizzazione di tali diritti», indicando «i fattori e le eventuali difficoltà che impediscano di assolvere pienamente gli obblighi»), il diritto alla libertà informatica, dopo che l'informatica è divenuto simbolo emblematico della nostra cultura.

La questione dei diritti delle minoranze rientra nella valutazione del più generale problema della protezione dei diritti umani, ma assume un suo specifico rilievo. Gli eventi della storia europea, in particolare, hanno dimostrato che la protezione delle varie e numerose forme di minoranza esistenti nei diversi Paesi d'Europa è essenziale alla stabilità, alla sicurezza democratica e alla pace nel Continente europeo: questa affermazione si legge nel Preambolo della Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali, approvata dal Consiglio d'Europa il 1° novembre 1995 (v. *infra*, § 5).

2. *Protezione internazionale, sovranazionale e nazionale delle minoranze.* – Si può parlare di una protezione internazionale, sovranazionale e nazionale delle minoranze. In questa sede il problema viene considerato con riferimento alla situazione europea, e tuttavia saranno talora inevitabili alcuni richiami alla situazione rilevante sotto i diversi punti di vista della protezione internazionale e nazionale.

Una premessa è necessaria: la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo non contiene alcun specifico riferimento ai diritti delle minoranze. La questione era stata dibattuta dall'Assemblea delle Nazioni unite, ma la consapevolezza di quanto fosse complesso tale problema aveva consigliato di non affrontare il tema; anche perché si era ritenuto che la protezione universale dell'uomo, della persona umana in quanto tale, escludesse di conseguenza qualunque altra protezione di gruppi o di categorie e potesse sostituirsi alla protezione delle minoranze annullandone ogni specifica esigenza: era infatti prevalsa la tesi, sostenuta dagli Stati Uniti, secondo la quale la protezione delle minoranze non fosse se non un problema di diritti dell'uomo e che l'eliminazione dell'oppressione dell'uomo avrebbe portato necessariamente alla eliminazione dell'oppressione collettiva. Il rispetto dei diritti della persona umana e dell'obbligo di non discriminazione avrebbe comportato la soluzione del problema delle minoranze: «se si rispettano i diritti individuali dell'uomo – aveva sostenuto la signora Roosevelt alla Commissione dell'ONU –, non vi sarà bisogno di proclamare i diritti delle minoranze».

Nello statuto dell'ONU, il cui Preambolo dichiara l'impegno dei popoli delle Nazioni Unite a proclamare «... la fede nei diritti fondamentali dell'uomo nella dignità e nel valore della persona umana», e nella Dichiarazione universale adottata il 10 dicembre 1948 non figura alcun riferimento ai diritti delle persone appartenenti a minoranze etniche, linguistiche o religiose, anche se nella risoluzione n. 217-A/III, adottata nella stessa data, l'Assemblea generale dichiarava che le Nazioni Unite non intendevano restare indifferenti alla sorte delle minoranze ma aggiungeva che era difficile adottare una soluzione uniforme di questa complessa questione che presentava aspetti specifici per ciascuno Stato nel cui contesto si trovavano le minoranze.

Venne però istituita un'apposita Sottocommissione per la pre-

venzione delle discriminazioni e la tutela delle minoranze: ed è proprio a tale sottocommissione che si deve quello che sarà l'art. 27 del Patto internazionale sui *Diritti civili e politici*, adottato dalle Nazioni Unite il 19 dicembre 1966<sup>11</sup>, che contiene un'esplicita norma a tutela delle minoranze, prevedendo che «In quegli Stati in cui esistono minoranze etniche, religiose e linguistiche, agli appartenenti a queste minoranze non sarà negato il diritto di fruire, in comunità con gli altri componenti del loro gruppo, della loro propria cultura, di professare e praticare la propria religione, di usare la propria lingua»: quindi cultura etnica, religione, lingua. La disposizione non fornisce alcun criterio per una definizione delle espressioni utilizzate e la ragione di tale omissione, come è stato precisato dalla dottrina che ha considerato tale disposizione, deve individuarsi nella esigenza politica intesa ad evitare che attraverso l'attribuzione di diritti "collettivi" alle minoranze si potessero creare o alimentare antagonismi tra gruppi (in proposito occorre ricordare che l'art. 8.4 della Dichiarazione dell'Onu manifesta espressamente «il timore che una politica di favore per i gruppi minoritari possa suggerire aspirazioni secessionistiche o attentati all'esistenza e all'unità degli Stati»); l'orientamento dell'ONU deve valutarsi tenendo presente la logica che presiede a un sistema di protezione di diritti della persona umana, nel quale i soggetti beneficiari della protezione sono gli individui piuttosto che i gruppi.

A questo proposito può essere opportuno ricordare l'esperienza che si è avuta in Italia con riferimento all'art. 2 della nostra Costituzione, nella quale sono previsti il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali nelle quali si svolge la sua personalità: tale disposizione che, interpretata letteralmente, non comporta un riconoscimento e una garanzia anche delle formazioni sociali nelle quali si sviluppa la personalità individuale – e tra le formazioni sociali rientrano le varie forme di gruppi minoritari – è stata tuttavia ben presto interpretata

---

<sup>11</sup> Cfr. in proposito V. PIERGIGLI, *Diritti dell'uomo e diritti delle minoranze nel contesto internazionale ed europeo: riflessioni su alcuni sviluppi nella protezione dei diritti linguistici e culturali*, in *Rass. parl.*, 1996, p. 45 ss.; Z. KEDZIA, *Recenti iniziative dell'Onu in tema di minoranze*, in S. BARTOLE, N. OLIVETTI RASON, L. PEGORARO (a cura di), *La tutela giuridica delle minoranze*, Padova, 1998, p. 59 ss.

dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel senso di una disposizione posta a garanzia anche delle formazioni sociali<sup>12</sup>.

Per ritornare però al tema della protezione internazionale delle minoranze, è da ricordare che nel 1971 la sotto-commissione per la lotta contro le misure discriminatorie e per la protezione delle minoranze incaricò il prof. Francesco Capotorti di redigere un rapporto sullo stato concreto delle situazioni alle quali si riferiva la citata disposizione dell'art. 27 del *Patto internazionale dei diritti civili e politici*: sulla base di tale rapporto si perverrà nel 1992 all'approvazione della *Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti alle minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche*. Con riferimento a tale rapporto, sul quale ritornerò più avanti (v. *infra*, § 6), è da ricordare che, secondo Capotorti, il concetto di "non-discriminazione" va distinto da quello di "protezione delle minoranze", nel senso che il primo implica la garanzia formale dell'uniformità di trattamento di tutti gli individui ai quali spettano i medesimi diritti e i medesimi doveri, mentre il secondo, quello relativo alla protezione delle minoranze, implica l'adozione di misure speciali a favore dei membri delle minoranze al fine di permettere loro di conservare le loro caratteristiche ("discriminazione positiva").

3. *La tutela delle minoranze in Europa. L'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'art. 13 (ex art. 6 A) del Trattato che istituisce la Comunità europea. L'art. F, § 2 del Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992.* – Prima di prendere in esame le posizioni emerse nella politica europea negli anni più recenti, è necessario soffermarsi sull'analisi del significato che può attribuirsi, per la tutela delle minoranze, alla disposizione contenuta nell'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Già nella prima sessione del 1949, dedicata al progetto di convenzione europea dei diritti dell'uomo, il Consiglio d'Europa ritenne importante affrontare il tema delle minoranze nazionali. Alla relazione presentata all'assemblea consultiva (doc. n. 77 del 1949) dalla commissione per le questioni giuridiche era allegato un progetto di

---

<sup>12</sup> Questa interpretazione venne sostenuta tra i primi da P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, spec. p. 9 ss.

risoluzione nel quale si raccomandava che il progetto della Convenzione contenesse una disposizione volta ad escludere qualsiasi discriminazione fondata sull'appartenenza a una minoranza nazionale; l'Assemblea richiamava anche l'attenzione del Comitato dei Ministri sull'esigenza di una più ampia protezione dei diritti delle minoranze: il testo definitivo della convenzione si limiterà tuttavia a garantire, nell'art. 14, il divieto di ogni forma di discriminazione, fondata fra l'altro sull'appartenenza a una minoranza.

La Convenzione stabilisce infatti nell'art. 14 che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciute nella Convenzione medesima deve essere assicurato senza alcuna distinzione (nel testo inglese si usa invece l'espressione *without discrimination*) di sesso, razza, colore, lingua, religione, opinioni politiche o di altra natura, origine nazionale o sociale, fortuna o nascita, appartenenza a una minoranza.

Un'ulteriore garanzia a tutela di eventuali distinzioni è individuabile nella versione consolidata del Trattato che istituisce la Comunità europea, il cui art. 13 (*ex art. 6A*) prevede che, fatte salve le altre disposizioni del Trattato medesimo e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, «il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età e le tendenze sessuali». L'art. F del Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992 stabilisce, nel paragrafo 2, che l'Unione europea rispetta tutti i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea del 1950, come risultano dalla tradizione costituzionale degli Stati membri, in quanto assurgano a principi generali di diritto comunitario.

A proposito dell'art. 14 della CEDU, è necessario però ricordare che, secondo un'opinione ormai consolidata nella dottrina e nella giurisprudenza, l'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>13</sup>, nel prevedere un "divieto di discriminazione", non garantisce un diritto indipendente e autonomo rispetto alle altre garanzie contemplate

---

<sup>13</sup> Per un'analitica considerazione della disposizione contenuta nell'art. 14 della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, rinvio al commento di R. BIN, in *Commento alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI e G. RAIMONDI, Padova, 2001, *sub art. 14*, p. 409 ss.

nella Convenzione, in quanto tale divieto deve interpretarsi in collegamento con il godimento dei diritti e delle libertà previsti e garantiti nella prima parte della Convenzione stessa: è questa un'affermazione pacifica in giurisprudenza, anche se può senz'altro ritenersi che nel corso degli anni si sia allargato l'ambito di applicazione dell'art. 14 e si sia invece allentato il rapporto di accessorialità che lega l'art. 14 ai diritti "sostanziali" riconosciuti dalla Convenzione. Tale accessorialità, occorre ricordare, non significa che la tutela prevista dall'art. 14 sussista solo quando vi sia una contemporanea lesione di un diritto sostanziale garantito nella prima parte della Convenzione; è vero anzi il contrario, in quanto, come ha stabilito la Corte europea dei diritti dell'uomo in una decisione del 1979, «Se la Corte non individua una violazione autonoma di uno degli articoli che sono stati invocati o autonomamente o in combinazione con l'art. 14, essa deve esaminare il caso anche in relazione all'art. 14. D'altra parte, tale esame in genere non è richiesto quando la Corte individua una violazione dell'articolo precedente preso da solo»<sup>14</sup>.

I criteri accolti nell'interpretazione dell'art. 14 sono stati fissati dalla Corte in una prima decisione che risale al 1968 e che riguardava il caso del regime linguistico dell'insegnamento in Belgio<sup>15</sup>; in tale decisione si precisava:

– che l'art. 14 non ha un'applicazione indipendente, ma, come s'è detto, vale solo in relazione ai diritti e alle libertà della sezione I della Convenzione;

– che l'art. 14 va interpretato nel senso più preciso in cui è espresso nel testo inglese della Convenzione (“*without discrimination*”), anziché nella versione meno vincolante del testo francese (“*sans distinction aucune*”) (ma vi sono anche autori che ritengono più rigorosa e stringente l'espressione del testo francese);

– che la differenza di trattamento diventa “discriminazione”, con conseguente violazione dell'art. 14, quando la distinzione non ha una giustificazione obiettiva e ragionevole;

– che l'art. 14 risulta violato quando manchi una ragionevole

---

<sup>14</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 ottobre 1979, “Airey c. Irlanda”, in *European Court of Human Rights Reports*, Serie A, n. 32.

<sup>15</sup> Corte, 23 luglio 1968, “*Régime linguistique de l'enseignement en Belgique*”, *ivi*, n. 6.

relazione di proporzionalità tra i mezzi impiegati e il fine perseguito.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 non contiene dunque alcun principio di protezione delle minoranze, sia perché la disposizione che contempla il divieto di discriminazioni (art. 14) non rappresenta la fonte di un diritto indipendente e autonomo, sia perché è senz'altro da condividere l'opinione già ricordata, autorevolmente sostenuta da Capotorti, che divieto di discriminazione non significa tutela delle minoranze, la quale richiede anzi, per potersi pienamente realizzare, alcune forme di "discriminazioni positive".

Dopo l'entrata in vigore della Convenzione, il problema della protezione delle minoranze venne ripreso dall'Assemblea. Nella Risoluzione n. 136 del 29 ottobre 1957, adottata sulla base di un rapporto della Commissione per le questioni giuridiche sulla situazione delle minoranze nei vari paesi membri, pur constatando che l'art. 14 della Convenzione garantisce in forma adeguata gli individui appartenenti a minoranze nazionali, l'Assemblea ribadisce tuttavia l'esigenza di concedere alle minoranze «... il soddisfacimento dei loro interessi collettivi nella misura compatibile con la salvaguardia degli interessi essenziali dello Stato al quale esse appartengono». Tale auspicio non trovò tuttavia alcun seguito nel Comitato dei ministri. Così come non ebbero alcun seguito, per un lungo periodo, altre iniziative intese a individuare l'esistenza di diritti propri delle minoranze nazionali e l'esigenza di una loro specifica tutela<sup>16</sup>.

4. *La tutela delle minoranze in Europa dopo il 1975. L'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OCSE).* – Gli ordinamenti costituzionali dell'Europa occidentale non offrono modelli consolidati e univoci di tutela nei confronti delle minoranze ed è questa una delle ragioni per la quale per molti anni è risultata assai carente la disciplina riguardante la protezione delle minoranze.

Tuttavia, pur mancando un *idem sentire* europeo in materia di tutela minoritaria, si è ben presto avvertita, soprattutto dopo i noti eventi dell'anno 1989, la consapevolezza di quali rischi comportasse,

---

<sup>16</sup> Cfr. soprattutto il rapporto sulle minoranze nazionali in Europa del 1959 (doc. n. 1002 del 30 febbraio 1959), la Raccomandazione n. 213 del 17 settembre 1959, il Rapporto Lannung dell'Assemblea (doc. n. 1299 del 26 aprile 1961), la Risoluzione del Comitato dei ministri del 25 maggio 1961, n. 15

per la pace e la sicurezza in Europa, la difficoltà di trovare idonee soluzioni per il problema della protezione dei gruppi minoritari nei diversi paesi del continente europeo<sup>17</sup>. Già nell'Atto finale di Helsinki del 1975 veniva riconosciuta, sia pure nella logica dell'inviolabilità delle frontiere e dell'integrità territoriale degli Stati, una tutela alle persone appartenenti alle minoranze nazionali. Il VII principio del Decalogo dichiarava: «Gli Stati partecipanti nel cui territorio esistono minoranze nazionali rispettano il diritto delle persone appartenenti a tali minoranze all'uguaglianza di fronte alla legge, offrono loro la piena possibilità di godere effettivamente dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e, in tal modo, proteggono i loro legittimi interessi in questo campo».

Nella Carta di Parigi per una nuova Europa, approvata dalla Conferenza per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (CSCE) il 21 novembre 1990, viene ripresa la formula con la quale veniva contemplata la protezione nei confronti delle minoranze dall'art. 27 del Patto internazionale sui Diritti civili e politici del 1966. Nel quadro dei diritti dell'uomo, della democrazia e dello Stato di diritto, la Carta di Parigi afferma infatti che l'identità etnica, culturale, linguistica e religiosa delle minoranze nazionali sarà protetta e che le persone appartenenti a tali minoranze hanno il diritto di esprimersi, di preservare e sviluppare la loro identità senza alcuna discriminazione e in piena eguaglianza di fronte alla legge.

Nel Documento approvato nel giugno 1990 nella riunione di Copenhagen sulla Dimensione umana della Conferenza, gli Stati membri della Conferenza stessa si impegnano a migliorare la situazione delle minoranze, riconoscendone il contributo prezioso per la vita delle loro società. Si afferma che le questioni relative alle minoranze nazionali possono essere risolte solo in un quadro politico democratico, basato sullo Stato di diritto, e che il rispetto dei diritti delle persone appartenenti alle minoranze nazionali è un fattore essenziale per la pace, la stabilità e la democrazia degli Stati. La tutela dei diritti delle persone appartenenti alle minoranze non può essere considerata un affare puramente interno degli Stati, poiché il loro rispetto è imposto

---

<sup>17</sup> Cfr. in proposito G. BARBERINI, *L'Ocse e le minoranze nazionali*, in S. BARTOLE, N. OLIVETTI RASON, L. PEGORARO, *La tutela giuridica delle minoranze*, cit., p. 41 ss., e *ivi* bibliografia citata.

dall'inclusione di tali diritti nell'ambito dei diritti universali dell'uomo. Un altro importante documento viene approvato nell'apposita riunione di esperti convocata a Ginevra nel luglio 1991.

Con il documento conclusivo della riunione di Helsinki del 1992 si decide di istituire l'Alto Commissario per le minoranze nazionali, con il compito di individuare le aree di crisi che coinvolgono minoranze etniche, attraverso consultazioni politiche al fine di prevenire conflitti suscettibili di pregiudicare la pace e la sicurezza internazionale e di indicare le più opportune soluzioni. Tale attività si svolge attraverso raccomandazioni e pareri non vincolanti per i governi ma significativi a livello politico<sup>18</sup>.

Non è dunque mancata, nel corso degli anni, l'elaborazione di importanti documenti riguardanti il problema della protezione a livello europeo delle minoranze nazionali esistenti nei diversi paesi d'Europa, ma si è trattato di documenti impegnativi più sul piano politico che su quello giuridico, cosicché la responsabilità per un intervento più risolutivo è spettata al Consiglio d'Europa, sulla base di una consolidata tradizione nella protezione dei valori di libertà e di democrazia.

5. *Le minoranze nell'azione più recente del Consiglio d'Europa. La convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali.* – Com'è noto, fanno parte del Consiglio d'Europa gli Stati membri della Comunità europea e dell'Europa occidentale e orientale: lo scopo del Consiglio d'Europa è quello di «conseguire una più stretta unione fra i suoi membri per salvaguardare e promuovere gli ideali e i principi che costituiscono il loro comune patrimonio e di favorire il loro progresso economico e sociale» (art. 1 del Trattato istitutivo), attraverso la predisposizione di convenzioni relative al diritto, alla procedura penale e ai diritti umani sia economici che sociali, sia civili che politici.

Su iniziativa del Consiglio d'Europa, nel luglio 1992 il Consiglio dei ministri riunito a Strasburgo approva, nella forma di una convenzione, la Carta europea delle lingue regionali e minoritarie, che attribuisce alle minoranze il diritto all'utilizzazione della propria lingua nei settori della giustizia, dell'amministrazione, dei servizi pubblici,

---

<sup>18</sup> Cfr. N. RONZITTI, *The Conference on Security and Cooperation in Europe and its institutions*, in *The International Spectator*, XXVIII (1993), n. 1, p. 31.

dei *media*, delle attività culturali, della vita economica e sociale e degli scambi transfrontalieri. Trattandosi di una Convenzione, occorre naturalmente che i paesi membri del Consiglio d'Europa la approvino e la ratifichino: finora la convenzione non è stata approvata e ratificata da molti paesi, come, ad esempio, l'Italia e la Francia.

A proposito delle minoranze linguistiche, può essere il caso di ricordare in questa sede che, dopo un lungo *iter* parlamentare che ha avuto inizio sin dall'ottava legislatura, è stata approvata dal Parlamento italiano la legge 15 dicembre 1999, n. 482, che prevede uno statuto giuridico modulabile a cura dei poteri locali e rivolto a tutte le minoranze linguistiche espressamente enumerate. L'art. 2 della legge impegna la Repubblica a tutelare la lingua e la cultura delle popolazioni albanesi, catalane, germaniche, greche, slovene, croate e delle popolazioni che parlano il francese, il franco-provenzale, il friulano, il ladino, l'occitano e il sardo. Il legislatore ha ritenuto opportuno legare il tema della identità linguistica e culturale a quello del decentramento territoriale (art. 3), individuando nel Consiglio provinciale il soggetto incaricato di provvedere ad adottare le misure di protezione, previo parere dei Comuni interessati. Perplesità suscita la scomparsa delle popolazioni zingare dal novero delle comunità minoritarie meritevoli di protezione.

Si tratta di una legge che attua un principio fondamentale della Costituzione (art. 6), coerente con le indicazioni fornite dalla giurisprudenza costituzionale. Con riferimento al tema oggetto d'esame in questa sede ricordo che la valorizzazione delle lingue e delle culture ammesse a tutela anche al di là dei confini nazionali nei territori in cui sono diffuse e a condizione di reciprocità (art. 19) è coerente con il principio, già sancito dal Consiglio d'Europa nell'art. 18, comma 2 della Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali, che riconosce nella promozione della cooperazione transfrontaliera e interregionale e nella stipulazione di intese con Stati esteri, ove sono stanziate comunità di lingua italiana, lo strumento più idoneo a rafforzare i vincoli comuni e a preservare le rispettive identità linguistiche e culturali dal rischio della assimilazione alle culture maggioritarie (art. 19, comma 2)<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Per un esame della legge n. 482 del 1999 v. l'interessante commento di V. PIERGIGLI, *La legge 15 dicembre 1999, n. 482: un traguardo per le minoranze linguistiche (finora) debolmente protette*, in *Quad. cost.*, XX (2000), p. 126 ss.

Tuttavia, per quanto riguarda le lingue alloglotte d'Italia, cui ha inteso provvedere la recente legge n. 482 del 1999, occorre riflettere sui pericoli di una ghettizzazione in un campanilismo fuori della storia (il "natio borgo selvaggio"); e sono giustificate alcune domande in proposito: esistono grammatiche d'uso di quelle lingue? Vi sono persone in grado di insegnarle agli scolari? Esiste, per ognuna di queste lingue, una varietà generalmente riconosciuta come modello da tutti i parlanti<sup>20</sup>?

Come si è detto, la Carta europea delle lingue regionali e minoritarie del 1992 non è stata ancora sottoscritta e ratificata da parte dei Governi dell'Italia e della Francia: con riferimento alla Francia va anzi ricordato l'atteggiamento tradizionalmente negativo delle autorità francesi nei confronti delle situazioni linguistiche minoritarie, ribadito dalla decisione n. 99-412 del 15 giugno 1999, con la quale il Consiglio di Stato francese, su ricorso del Capo dello Stato, ha giudicato non conforme alla Costituzione la ratifica della Carta europea delle lingue regionali e minoritarie, le cui disposizioni si porrebbero in contrasto con i principi della indivisibilità della Repubblica, di eguaglianza e unità del popolo francese (art. 1), nonché con la proclamazione del carattere ufficiale della lingua francese.

Venendo ora ad esaminare l'azione del Consiglio d'Europa negli anni più recenti, è stato soprattutto dopo il 1989 che il problema della protezione delle minoranze europee è apparso urgente per il programma di costruzione di una sempre più estesa e sviluppata società democratica in Europa.

Nei due anni 1992 e 1993 il Consiglio d'Europa si era impegnato nell'individuare il tipo di strumento internazionale idoneo ad assicurare un intervento efficace nel campo della tutela minoritaria. Si trattava in definitiva di individuare una soluzione delle controversie in atto, o almeno di quelle non ancora degenerare in conflitti armati<sup>21</sup>. Il tema delle minoranze venne trattato nella riunione, svoltasi a Lugano nel giugno 1993, del Consiglio dei Ministri della Giustizia dei Paesi del

---

<sup>20</sup> Cfr. sul punto C. SEGRE, *Lingue. Alla ricerca delle parole perdute*, in *Corriere della sera*, CXXIV (1999), 1° dicembre 1999, 33.

<sup>21</sup> S. BARTOLE, *Una convenzione-quadro per la tutela delle minoranze nazionali*, in S. BARTOLE, N. OLIVETTI RASON, L. PEGORARO (a cura di), *La tutela giuridica delle minoranze*, cit., p. 11 ss., spec. p. 14.

Consiglio d'Europa, nella quale si auspicava che la protezione delle minoranze non portasse a un'eccessiva frantumazione, non favorisse l'etnocentrismo e si sviluppasse in armonia con le costituzioni degli Stati interessati.

Il lavoro di approfondimento della questione riguardante la protezione delle minoranze si concluse nel vertice dei capi di Stato e di governo dei paesi membri del Consiglio d'Europa tenutosi a Vienna nell'ottobre 1993, nel quale si sottolineò il principio di eguaglianza e non discriminazione fra le diverse comunità linguistiche, culturali, religiose ed etniche in uno stesso territorio e venne da tutti condivisa la consapevolezza del legame intercorrente fra la protezione delle minoranze nazionali e la stabilità e la sicurezza democratica nel nostro continente.

Il 1° novembre 1995 il Consiglio d'Europa ha approvato la Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali, nella quale si attribuisce ai membri delle minoranze nazionali, accanto ai diritti individuali fondamentali in regime di eguaglianza con gli altri cittadini dello Stato, anche alcuni diritti speciali. Tra questi, il diritto a un'identità distinta, il diritto di creare e gestire le proprie istituzioni religiose, organizzazioni, associazioni, strutture private di insegnamento e di formazione; il diritto di ricevere o comunicare informazioni o idee nella lingua minoritaria senza ingerenza delle autorità pubbliche e senza considerazioni di frontiera; il diritto a non essere discriminate nei *media*; il diritto a utilizzare la propria lingua e il proprio nome; il diritto a esporre in pubblico insegne o altre informazioni private nella lingua minoritaria; il diritto a stabilire e mantenere relazioni con persone dello stesso gruppo oltre frontiera. Inoltre, nelle regioni densamente popolate da una minoranza gli Stati dovranno impegnarsi, nei limiti del possibile, a esporre denominazioni tradizionali o indicazioni topografiche nella lingua minoritaria e a dare ai membri delle minoranze la possibilità di ricevere un'istruzione in tale lingua o quanto meno di impararla.

6. *Le nuove minoranze. La politica europea nei confronti degli stranieri.* – Se il problema del trattamento riservato alle minoranze c.d. “storiche” è esaminato in un complesso di documenti elaborati in un lunghissimo periodo, più recente è l'attenzione dedicata a quelle che possono definirsi le “nuove” minoranze. Con tale espressione si

definiscono i nuovi gruppi di minoranza che risiedono, spesso da più generazioni, sul territorio di uno Stato, la cui tutela pone problemi di non facile soluzione. Anche a tale proposito occorre rilevare che vi sono forme di protezione che si rivolgono assai spesso ai singoli individui e che solo indirettamente si rivolgono ai gruppi di minoranza in quanto tali: questa constatazione può farsi con riferimento:

- al rispetto delle convinzioni religiose (art. 9 CEDU), in presenza della molteplicità delle confessioni religiose presenti nelle società europee contemporanee<sup>22</sup>;
- al diritto alla libertà di espressione e alla corrispondente garanzia di un'eventuale differenza linguistica nei confronti di minoranze residenti nel territorio di uno Stato;
- alla protezione delle minoranze consistente eventualmente nel reprimere manifestazioni di intolleranza o la diffusione di opinioni estremiste di carattere xenofobo (art. 10 CEDU).

Un problema interessante è stato esaminato nel 1978 dalla Commissione europea nell'esame di due ricorsi da parte di due cittadini olandesi, i quali erano stati condannati per avere diffuso volantini nei quali si propugnava una politica di espulsione massiccia degli stranieri dai Paesi Bassi, e in particolare di tutti gli stranieri che non fossero di razza bianca<sup>23</sup>. La Commissione ha respinto il ricorso, in applicazione dell'art. 17 della CEDU, che pone un limite invalicabile all'esercizio dei diritti e delle libertà, ove tale esercizio sia suscettibile di mettere in pericolo i diritti e le libertà di tutta la popolazione, e dell'art. 3 del quarto Protocollo CEDU, che vieta le espulsioni collettive di stranieri. La Commissione ha ritenuto che la politica auspicata nei volantini conteneva elementi di discriminazione razziale contraria alla Convenzione e che se le autorità olandesi avessero tollerato la diffusione di tali idee avrebbero incoraggiato tale discriminazione.

Questioni di difficile soluzione pone la protezione degli stranieri e dunque indirettamente dei gruppi ai quali essi appartengono, che in determinate circostanze può essere sviluppata con riferimento al diritto di asilo politico e al rispetto della vita privata. L'allontanamento di

---

<sup>22</sup> Può vedersi in proposito S. LARICCIA, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., sub art. 9, p. 319 ss.

<sup>23</sup> Commissione europea, Decisione n. 8348/78, Paesi Bassi, in *Decisions and Reports of the European Commission on Human Rights*, 18, 1978, p. 187 ss.

uno straniero può sollevare problemi sotto il profilo dell'art. 3 della CEDU, ove sussistano seri motivi che inducano a ritenere che lo straniero possa essere sottoposto nel paese di destinazione a trattamenti vietati dallo stesso articolo, e dell'art. 8 della CEDU, che prevede il rispetto della vita privata e familiare.

È certo comunque che dalla lettura di molti documenti europei e dei numerosissimi commenti dedicati alla loro interpretazione appare evidente che, soprattutto negli anni più recenti, il problema della tutela delle minoranze si collega alla questione della politica europea nei confronti degli stranieri, con particolare riferimento alla condizione da riconoscere nei riguardi degli stranieri extracomunitari.

Non mancano gli strumenti legislativi volti a realizzare una politica concertata fra i Governi dei vari paesi europei. Dall'estate del 1999 è in vigore il Trattato di Amsterdam su diritti di asilo e immigrazione, ma ciascun paese segue le proprie piccole opportunità: la Gran Bretagna non ha firmato il Trattato di Schengen, e il Belgio, che lo aveva firmato, ne è uscito nel gennaio 2000. La bibliografia che riguarda la condizione dello straniero nei vari paesi d'Europa è veramente sconfinata ed assume grande interesse per lo studioso del problema della protezione delle minoranze, anche perché essa riguarda i temi della cittadinanza europea, della doppia cittadinanza e della c.d. cittadinanza "senza nazione" e del significato da attribuire alla Costituzione europea e alla formazione di una vera e propria cultura europea.

Qui va subito detto che, se si volesse utilizzare la nozione tradizionalmente accolta dagli internazionalisti, sulla base dello studio già ricordato di Francesco Capotorti, la protezione nei confronti delle minoranze dovrebbe escludere gli stranieri; infatti, secondo la nota definizione di Capotorti, minoranza è «un gruppo numericamente inferiore al resto della popolazione di uno Stato, in posizione non dominante, i cui membri – essendo di nazionalità dello Stato – possiedono caratteristiche etniche, religiose o linguistiche che differiscono da quelle del resto della popolazione, e mostrano, anche solo implicitamente, un senso di solidarietà, diretta a preservare la loro cultura, tradizioni, religione o lingua»<sup>24</sup>. Questa definizione perfeziona

---

<sup>24</sup> Questa definizione è riportata dal suo stesso autore in F. CAPOTORTI, *Il regime delle minoranze nel sistema delle Nazioni Unite e secondo l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici*, in *Rivista internazionale diritti dell'uomo*, 1992, pp. 107-108.

e sviluppa il concetto tradizionale di minoranza, che Mario Toscano, autore di un'importante monografia sulla protezione delle minoranze edita nel 1931, identificava come «quella parte della popolazione permanente di uno Stato che, legata da tradizioni storiche ad una porzione determinata del territorio, e fornita di una cultura propria, non può essere confusa colla maggioranza degli altri sudditi, a causa della diversità della razza, della lingua o della religione»<sup>25</sup>.

Il concetto di minoranza si collega al concetto di nazionalità elaborato, a metà dell'Ottocento, da Pasquale Stanislao Mancini, autore della teoria del diritto delle genti fondato sulle Nazioni, anziché sugli Stati, con il riconoscimento della nazionalità e della famiglia come due forme perpetue dell'associazione umana<sup>26</sup>.

Se è vero che la nozione tradizionale di minoranza riguarda i gruppi i cui membri in quanto "cittadini" hanno la nazionalità di un determinato Stato, occorre però dire che sono sempre più numerosi e convincenti i tentativi volti a comprendere nell'ambito della protezione garantita nei confronti delle minoranze una serie di gruppi sociali che meritano tutela, pur essendo costituiti da individui "stranieri": in proposito occorre richiamare l'attenzione su un graduale ma sicuro superamento della concezione tendente ad escludere gli stranieri dall'ambito di tutela tradizionale riguardante le minoranze<sup>27</sup>.

Sebbene gli atti internazionali e soprattutto gli atti convenzionali anche di recente emanati si riferiscano essenzialmente alle minoranze c.d. tradizionali, da tempo si è aperto un importante dibattito nel quale è emersa la tendenza a estendere alcune forme di tutela previste nei confronti delle minoranze c.d. "storiche" o "autoctone" anche alle minoranze c.d. "nuove"<sup>28</sup>.

Per quanto riguarda il trattamento giuridico degli stranieri nei paesi d'Europa, è noto che in Italia è intervenuta a regolare la materia la

<sup>25</sup> M. TOSCANO, *La protezione delle minoranze di razza, di lingua, di religione nel diritto internazionale*, Torino, 1931, p. 68.

<sup>26</sup> P.S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti* (1851), a cura di E. JAYME, Torino, 1994, p. 44 s.

<sup>27</sup> V. sul punto L. MELICA, *Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturale*, in *La tutela giuridica delle minoranze*, cit., p. 189 ss., spec. p. 214 ss.

<sup>28</sup> Cfr. L. MELICA, *op. cit.*, spec. p. 215; E. PALICI DI SUNI PRAT, *Intorno alle minoranze*, cit., p. 155 ss.

legge 6 marzo 1998, n. 40, contenente la Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. Tale disciplina si presenta di particolare complessità per quanto riguarda sia la sua interpretazione che la sua applicazione, se si considera che essa comprende disposizioni su molti problemi di difficile valutazione come sono quelli dell'ingresso, del soggiorno e dell'allontanamento dal territorio dello Stato, della disciplina sul lavoro, del diritto all'unità familiare e della tutela dei minori, delle norme in materia sanitaria, dell'istruzione, dell'alloggio, della partecipazione alla vita pubblica e dell'integrazione sociale: tutti temi sui quali vi è un dibattito politico assai vivo.

7. *Imusulmani in Europa.* – Il problema delle minoranze richiede la valutazione di una questione che sta ponendo molti e complessi problemi alle società dell'Europa occidentale. Mi riferisco ai problemi derivanti dalla crescente presenza dei musulmani in Europa<sup>29</sup>, che presuppone la necessità di decidere quali siano le forme di accoglienza da prevedere, in Stati laici e in società di tradizione cristiana, nei confronti di gruppi che non sempre accettano i principi di laicità e di separazione tra lo Stato e le chiese, e hanno valutazioni diverse rispetto alle nostre della distinzione, fondamentale negli stati democratici contemporanei, tra le sfere del sacro e del profano. In queste condizioni si pone la domanda se sia possibile instaurare con l'Islam relazioni pattizie simili a quelle che riguardano i rapporti tra lo Stato e le altre confessioni religiose, o se sia preferibile ricercare altre soluzioni idonee a disciplinare i diritti religiosi e culturali delle minoranze islamiche.

Tra i maggiori problemi che pone l'adeguamento ai nostri ordinamenti giuridici occidentali delle caratteristiche proprie delle diverse minoranze non cristiane, con particolare riferimento alle minoranze islamiche, si possono ricordare i seguenti: poligamia, carattere non religioso dei riti matrimoniali, condizione giuridica dei ministri di culto, festività, tempi delle preghiere, condizione delle donne, macellazione degli animali, politicizzazione dell'insegnamento religioso ecc. Su alcuni di questi problemi vi sono importanti indicazioni anche a

---

<sup>29</sup> Cfr. sul tema *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, a cura di S. FERRARI, Bologna, 2000.

livello europeo: ricordo per esempio che la Convenzione europea sulla protezione degli animali da macello del 10 maggio 1979 autorizza deroghe alle disposizioni della convenzione per “l’abbattimento secondo riti religiosi” (art. 17.1), così come fanno le direttive comunitarie n. 71/118, 74/577, 75/431 e 78/50 – rese esecutive in Italia con legge 2 agosto 1978, n. 439 e d.p.r. 8 giugno 1982 – in relazione al rispetto di «metodi di macellazione particolari richiesti da alcuni riti religiosi»: su questa base in Italia il d.m. 11 giugno 1980 autorizza la macellazione secondo il rito islamico (come anche secondo il rito ebraico).

Comunque è necessario considerare che in Iran è attualmente in corso una trasformazione della mentalità che potrebbe presto favorire una forte evoluzione verso la democrazia. Come ha osservato di recente uno dei massimi studiosi dell’islamismo, il ciclo storico del fondamentalismo e dell’islamismo radicale è ormai finito e il mondo musulmano sta ormai imboccando una strada diversa rispetto al passato<sup>30</sup>: questo processo, se verrà confermato, avrà ripercussioni anche sul problema delle politiche europee nei confronti degli immigrati musulmani.

Deve inoltre ricordarsi che, nel dibattito senza fine su Islam, democrazia e modernità, il fatto nuovo è l’aver preso atto che la presenza dei musulmani in Europa è un fattore di trasformazione del pensiero islamico. Alcuni libri recenti sull’Islam in Europa dimostrano in modo diverso che si sta affermando una secolarizzazione del mondo musulmano e che sono realizzabili alcune forme di coesistenza capaci di evitare i due estremi, ambedue criticabili, rappresentati dall’assimilazione integrale e dal separatismo più assoluto.

8. *Considerazioni conclusive.* – Se a conclusione delle considerazioni qui esposte ci si propone di valutare quali siano le possibili soluzioni da adottare da parte di chi intende perseguire l’obiettivo di una maggiore tutela delle minoranze esistenti nei paesi europei, a me sembra che si possa richiamare l’attenzione su alcuni problemi, la cui soluzione appare prioritaria per la protezione delle minoranze stesse.

Innanzitutto, è necessario abbandonare la concezione secondo la quale il diritto alla diversità viene esclusivamente riconosciuto ai

---

<sup>30</sup> Cfr. l’intervista a G. KEPPEL, *Islam, è finito il fondamentalismo*, a cura di F. GAMBARO, in *la Repubblica*, XXV, 26 aprile 2000, p. 43.

singoli, come individui e come appartenenti ai vari gruppi sociali, e non anche ai gruppi medesimi, che, a mio avviso, dovrebbero invece ritenersi titolari di veri e propri diritti “collettivi”.

È un problema assai complesso perché la tendenza a considerare il tema della tutela delle minoranze con esclusivo riferimento alla condizione degli individui appartenenti ai gruppi minoritari, anziché ai gruppi in se stessi considerati, si collega una lunga e forte tradizione nella prassi internazionale; ma a me sembra che abbia un’importanza fondamentale l’obiettivo di attribuire agli stessi gruppi di minoranze la titolarità di situazioni giuridiche soggettive.

Occorre inoltre riflettere sul diritto all’autodeterminazione dei popoli: tale diritto, in tutto il secolo che si è da poco concluso, ha assunto quasi il valore di una divinità oggetto di venerazione, ma la previsione e la speranza di un ordine mondiale fondato sull’attuazione di tale diritto hanno incontrato sempre maggiori ostacoli per la loro realizzazione.

«Se ogni gruppo etnico pretendesse uno Stato – avvertì Boutros Ghali nel 1992 – sarebbe sempre più difficile raggiungere la pace, la sicurezza e l’impegno nei diritti umani, con una speciale sensibilità ai diritti delle minoranze etniche, religiose, linguistiche». In proposito si è giustamente osservato che se il Palazzo di vetro fosse stato conseguente, non avrebbe patrocinato con tanta precipitazione quell’indipendenza a Timor Est che ha riattivato in Indonesia le tendenze secessioniste<sup>31</sup>.

L’esperienza insegna che assai spesso, nella pratica delle relazioni internazionali, si tendono a perseguire obiettivi in contraddizione tra loro. Pur essendo assai vivace il dibattito a proposito dei reali obiettivi che hanno motivato l’intervento occidentale in Bosnia e nel Kosovo può convenirsi che quell’intervento ha certamente sottratto alla “pulizia etnica” le popolazioni della Bosnia e del Kosovo, ma ha anche determinato forti rischi per la conservazione dei relativi confini, rendendo tutt’altro che improbabili gli esiti della secessione e della spartizione: in molti casi la tendenza a preservare i confini tra gli Stati e l’aspirazione a impegnarsi per fermare l’aggressione nei confronti delle minoranze sono risultati due obiettivi in contrasto tra loro.

---

<sup>31</sup> G. RAMPALDI, *I diritti delle etnie e i confini del mondo*, in *la Repubblica*, XXV, 23 aprile 2000, n. 93, p. 16.

In una situazione nelle quale diventa sempre più difficile schivare onde d'urto in un mondo migrante e globalizzato, gli orientamenti delle diplomazie occidentali divengono sempre meno coerenti e sempre più evidente appare la difficoltà di trovare criteri di decisione logici e razionalmente convincenti. Durante la guerra in Cecenia le tendenze che possono definirsi iperrealiste hanno ispirato l'acquiescenza alle violenze russe e dunque all'esercizio illimitato del principio di sovranità nazionale; in Kosovo le stesse diplomazie hanno invece favorito una direzione opposta, nel senso di ritenere preferibile una resa al diritto illimitato di autodeterminazione, se è vero che di recente sempre più spesso si sostiene che un Kosovo indipendente sta diventando la soluzione più realistica.

La verità è che appaiono sempre più arbitrari i criteri che fondano i confini tra gli Stati e la definizione dei popoli che in essi sono racchiusi. È forse la lingua il criterio che li fonda? «Se lo fosse – si è giustamente osservato – il mondo dovrebbe spappolarsi in 6170 Stati»<sup>32</sup>. Limitandomi soltanto a un cenno riguardante la tutela delle minoranze di lingua nel nostro paese, ricordo che da una mappa elaborata dal Ministero dell'interno sulla presenza in Italia delle minoranze linguistiche da proteggere risulta che la legge per le minoranze linguistiche recentemente approvata riguarda quasi tre milioni di persone, e precisamente 98.000 albanesi, 290.000 altoatesini di lingua tedesca, 2.000 carinziani, 1.400 carnici, 18.000 catalani, 2.600 croati, 90.000 franco-provenzali, 20.000 francofoni, 526.000 friulani, 20.000 greci, 55.000 ladini, 170.000 occitani, 1.269.000 sardi, 70.000 sloveni, 130.000 rom e sinti.

Se, come si è detto, la lingua non può ritenersi un criterio idoneo a definire i confini tra gli Stati, certamente troppo labile è anche il criterio della etnia, dovendo condividersi l'opinione di chi ha osservato che riferire la legalità internazionale a un'entità così indefinita qual è quella della caratterizzazione etnica «non ha giovato alla pace né alla certezza del diritto» e che ad accentuare questi esiti negativi ha contribuito «quel micidiale equivoco per il quale indipendenza (di un popolo) e libertà (degli individui) sono sinonimi»<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> G. RAMPALDI, *op. cit.*

<sup>33</sup> G. RAMPALDI, *op. cit.*

A proposito dei confini territoriali fra gli Stati, è da osservare che appare sempre più giustificata la tendenza a considerare la vigenza di diritti in un mondo senza confini.

Non ritengo che si possa continuare a esaltare la globalizzazione soltanto con riferimento alle esigenze di un libero mercato senza frontiere e ignorare invece le possibilità di considerare una nuova dimensione internazionale dei diritti<sup>34</sup>. Per lo meno nel contesto dei paesi democratici, che purtroppo sono ancora una minoranza nel mondo, è da ritenere che il problema dei diritti dei singoli e dei gruppi sociali non riguarda soltanto la loro dimensione nazionale. È necessario per così dire “esportare” l’applicazione dei diritti fuori dei confini nazionali: in proposito si può ricordare il significato che ha assunto l’iniziativa del giudice spagnolo Baltasar Garzon, che, nell’ottobre 1998, ha chiesto l’extradizione dell’ex-dittatore cileno Augusto Pinochet, per i reati di genocidio e di torture commessi nel suo paese. In coerenza con tale obiettivo la pubblica opinione nei vari paesi diviene sempre più consapevole della necessità di trovare nuove soluzioni idonee a risolvere il problema di una maggiore tutela dei diritti umani individuali e collettivi, con particolare riferimento ai seguenti obiettivi:

a) riaffermare il ruolo e l’importanza del diritto e della cultura per la realizzazione della pace;

b) rendere sempre più efficace il principio di interferenza nei confronti degli Stati che, con la loro azione, determinano situazioni gravissime per il mancato rispetto dei diritti umani;

c) riorganizzare i poteri degli organi internazionali e sovranazionali, rendendo partecipe l’Unione Europea delle decisioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e determinando le condizioni per un’azione sempre più efficace degli organi a carattere giurisdizionale, come la Corte permanente per i crimini di guerra e i tribunali internazionali;

d) definire in modo differente le relazioni con gli Stati che sono soliti violare i diritti umani, come avviene con le cosiddette clausole sociali, intese a prevedere forme di garanzia per il rispetto di alcuni

---

<sup>34</sup> Sul punto S. LARICIA, *Diritto amministrativo*, Padova, 2000, p. 55 ss. e *ivi* bibliografia citata.

diritti e il perseguimento di alcuni obiettivi, come per esempio quelli relativi alla tutela dell'infanzia e alla lotta contro lo sfruttamento dei minori nel lavoro.

L'esame dei problemi di tutela delle minoranze consente di ritenere che, nonostante i moltissimi auspici espressi a favore di una sempre maggiore tutela delle multiformi varietà minoritarie, molti sono ancora gli ostacoli da superare prima che sia possibile raggiungere l'obiettivo del formarsi di una cultura delle minoranze, da salvaguardare sia all'interno dei confini nazionali, sia ad un livello più generale, in uno spirito di collaborazione e di pluralismo<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> V. le conclusioni del libro di E. PALICI DI SUNI PRAT, *Intorno alle minoranze*, cit., spec. p. 167 ss.

## *Nuove dimensioni delle istituzioni e dei diritti in un mondo senza confini\**

### *1. Il significato e l'importanza del fenomeno della globalizzazione nello studio del diritto*

Con l'espressione globalizzazione comunemente ci si riferisce a quel processo di liberazione da ogni confine o barriera, di flessibilità e velocità di comunicazione, commercio, produzione e distribuzione di beni che caratterizza la vita economica delle società contemporanee.

Anche i giuristi ritengono oggi importante occuparsi dei problemi della globalizzazione<sup>1</sup>. Il termine "globalizzazione" entra ormai nei vocabolari di tutti i paesi, ma è probabile che questa definizione nasconda interpretazioni differenti, e che più in generale finisca per essere un mito che ci serve per dare un nome alla sensazione di incertezza che avvolge questo periodo storico<sup>2</sup>.

Si dovrebbe innanzi tutto chiarire che non si possono ridurre i

---

\* In *Studi in memoria di Guglielmo Negri* e in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 34, 2001, nn. 132-33, pp. 37-45.

<sup>1</sup> U. ALLEGRETTI, *Considerazioni preliminari per uno studio giuridico della globalizzazione*, in *Diritto pubblico*, 1999, n. 2, pp. 487-504.

<sup>2</sup> Sui problemi giuridici della globalizzazione, cfr. AA.VV., *Nazioni senza ricchezze e ricchezze senza nazioni*, il Mulino, 1993, e ivi in particolare i saggi di F. GALGANO e S. CASSESE; D. HELD, *Democrazia e ordine globale. Dallo Stato moderno al governo cosmopolitano* (1995), trad. it., Asterios, 1999; D. ZOLA, *Cosmopolis*, Feltrinelli, 1995; S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 13 ss.; C. HIMSWORTH (1996), *In a State no longer. The End of Constitutionalism*, in *Public Law*, 1996, p. 639 ss.; S. CASSESE, *Stato-nazione e funzione pubblica*, in *Giornale del diritto amministrativo*, 1997, p. 88 ss.; C. PINELLI, *Political Accountability and Global Markets*, in *European Review of Public Law*, 1997, p. 1133 ss.; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Zanichelli, 1998; U. ALLEGRETTI *Considerazioni*, cit.; S. CASSESE, *Gli Stati nella rete internazionale dei pubblici poteri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1999, p. 321 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, 1999, spec. p. 28 ss.; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, il Mulino, 2000; S. MESSADRA, A. PETRILLO, *I confini della globalizzazione, Lavoro, culture, cittadinanza*, manifestolibri, 2000.

significati del termine globalizzazione ai soli aspetti economici, per evitare il rischio di attribuire al termine medesimo un valore che esso non ha: infatti gli economisti che studiano i commerci internazionali sostengono che il rapporto tra produzione mondiale e quantità di interscambi non è oggi maggiore di quello dei primi del '900, in quanto si sono piuttosto ridefiniti alcuni vettori di scambio (per esempio, è progressivamente scomparsa l'Africa, un continente ormai dimenticato e abbandonato, il continente più colpito dall'aids<sup>3</sup>). La differenza più marcata è invece relativa ai mercati di capitali, capaci di muovere in tempo reale quantità inimmaginabili anche solo 30 anni fa. Gli economisti studiosi di finanza osservano che utilizzando gli strumenti di "finanza derivata" si potrebbero attualmente muovere azioni speculative di una portata tale che neppure una banca nazionale come il *Found Reserve* potrebbe sopportare.

Ma probabilmente neanche questo basterebbe a giustificare l'idea che viviamo tempi che cambiano secondo le logiche di una progressiva "globalizzazione". Occorre allora allargare lo sguardo per considerare come l'impressione di un accelerato cambiamento derivi da processi che rimettono in discussione problemi di informazione e di educazione, di cultura e di tecnologia, e conseguenti valutazioni dei nuovi modi di essere dei diritti degli uomini e delle donne.

Su quest'ultimo punto, in particolare, vorrei soffermarmi.

Si è recentemente osservato che «non possiamo inneggiare alla globalizzazione solo quando si parla di libertà di un commercio internazionale senza confini e ignorarla quando rivela la nuova dimensione internazionale dei diritti»<sup>4</sup>.

È un dato ormai pacifico, almeno nei dibattiti dei paesi democratici (paesi che sono purtroppo ancora una minoranza del pianeta), che la questione dei diritti non possa essere giocata solo in una dimensione nazionale, e che non è più sufficiente parlare semplicemente di «Stato di diritto», dovendosi ricorrere a formule più ricche di nuovi significati come «Stato dei diritti» o «Stato costituzionale di diritto».

---

<sup>3</sup> In rete: [www.unaids.org/africapartnership/index.html](http://www.unaids.org/africapartnership/index.html) (iniziativa dell'Onu sul partenariato internazionale contro l'aids in Africa). Con particolare riferimento alle donne, che sono una delle categorie più a rischio: [www.icrw.org](http://www.icrw.org) (centro internazionale di ricerca sulle donne).

<sup>4</sup> S. RODOTÀ, *I diritti non hanno confini*, in *la Repubblica*, 10 febbraio 2000, p. 15.

D'altra parte è sempre più diffusa la consapevolezza che «lo Stato, lo Stato nazionale è ormai troppo grande per le cose piccole e troppo piccolo per le cose grandi»<sup>5</sup>.

Può essere comunque interessante porre in evidenza una delle principali contraddizioni con riferimento a questo importante aspetto della vita e dell'evoluzione delle società democratiche.

Da una parte si pone l'esigenza di portare la lotta per i diritti fuori dai confini nazionali, all'interno dei quali questi diritti sono stati violati. In proposito può ricordarsi l'importanza che nell'ottobre 1998 assunse l'iniziativa del giudice spagnolo Baltasar Garçon, che chiese l'estradizione dell'*ex* dittatore cileno Augusto Pinochet per i reati di genocidio e torture commessi nel suo paese. Con riferimento a tale obiettivo, può ritenersi che si sia acquisita una consapevolezza più matura e diffusa nelle opinioni pubbliche dei diversi paesi, e forse il problema già si è spostato in avanti al livello degli strumenti per arrivare all'obiettivo, consistenti soprattutto:

a) nel superamento del principio di non ingerenza negli affari interni degli Stati nazionali;

b) nella riorganizzazione delle istituzioni sovranazionali, dall'Onu al Tribunale permanente per i crimini di guerra e così via;

c) alla ridefinizione dei rapporti con i paesi che violano i diritti, come per il caso Haider in Austria, o, più concretamente, per la c.d. "clausola sociale", attraverso la quale paesi democratici non accettano scambi commerciali con i paesi in cui viene sfruttato il lavoro minorile.

Ma c'è un altro aspetto che si lega alla dimensione «globale» dei diritti fondamentali, con riferimento a una questione che viene ricordata di meno, forse per la complessità che la caratterizza, ma che tuttavia investe direttamente il rapporto tra globalizzazione e amministrazioni pubbliche, come pure tra amministrazioni nazionali e amministrazioni sovranazionali.

La portata dei processi di globalizzazione economica è tale che non basta più agli Stati di diritto mantenere, accrescere e, come si è osservato in precedenza, «esportare» la lotta per i diritti, perché questi Stati devono anche difendersi da violazioni provenienti dall'esterno. Concretamente questo significa che la globalizzazione economica

---

<sup>5</sup> L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, 1997, p. 4.

spinge per una limitazione, se non eliminazione, di quegli «statuti dei diritti» che sono stati costruiti, per esempio in Italia, a partire dagli anni '60 e '70 (salute, lavoro, ambiente ecc.).

Ci si può chiedere, per esempio, quale impatto avranno su tali diritti gli accordi internazionali sulla carne agli ormoni e quelli sulle biotecnologie, tendenti a eliminare dai prodotti il riferimento ai «metodi di produzione». Il massimo livello di consapevolezza del consumatore (specie in materia di «organismi geneticamente modificati») è ancora un diritto del cittadino o diventa solo un ostacolo all'attuazione del principio del «libero commercio»?

È in atto un vero e proprio scontro tra l'obiettivo di una continua tutela di diritti e l'obiettivo di una sempre più libera commercializzazione in campo internazionale, e in questo ambito si rimette in forte discussione il ruolo di tutte le istituzioni, con specifico riferimento a quelle internazionali, e, in particolare, dei pubblici poteri<sup>6</sup>.

Occorre domandarsi quale spazio rimane per le amministrazioni nazionali se viene generalizzato il principio dell'organizzazione mondiale per il commercio (Omc), noto come principio del "trattamento nazionale", secondo il quale operatori economici stranieri devono essere trattati alla stregua di quelli locali. Potrà un paese (come, per esempio, la Francia) voler mantenere uno *standard* sull'amianto più alto di quello internazionale? Potrà un paese proporsi di favorire la distribuzione della propria produzione cinematografica, se questa è incapace di reggere una concorrenza economica su dimensione internazionale? Si potrà cioè ricorrere alla c.d. "eccezione culturale" in alcuni settori dove va preservata una identità culturale messa a rischio da ferree regole di mercato?

Diventata comune la condanna al protezionismo, il rischio è di andare oltre, fino alla rottura di livelli stabiliti di protezione sociale.

Si può parlare di un'ulteriore contraddizione: l'Unione europea, ma anche l'organizzazione dei pubblici poteri degli stati membri, si orientano per una configurazione ispirata alla sussidiarietà, all'esi-

---

<sup>6</sup> Sul rapporto tra le organizzazioni internazionali e le amministrazioni nazionali, cfr. S. CASSESE, *Relations between International Organizations and National Administrations*, in INTERNATIONAL INSTITUTE OF ADMINISTRATIVE SCIENCES, *Proceedings of the XIXth International Congress of Administrative Sciences*, Deventer, 1983, p. 159 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit.

genza, quindi, di avvicinare quanto più possibile alle comunità locali le sedi di governo e di decisione dei propri processi di sviluppo. Ma se il vertice di Seattle non fosse fallito per i noti motivi, in esso si sarebbe riaperta la discussione sull'accordo multilaterale sugli investimenti (MAI), che, nella versione proposta dagli Usa, porta alle estreme conseguenze il principio del "trattamento nazionale", e che è volto a bandire gli *standard* di prestazione che i governi ospiti oggi pongono alle compagnie straniere (come il trasferimento tecnologico, l'uso di professionalità locali, il reinvestimento dei profitti). Compito dei pubblici poteri dovrebbe chiaramente essere quello di abolire misure discriminatorie, anzi, di favorire l'intervento di investimenti stranieri nel proprio territorio, ma il problema inizia quando l'abbattimento di *standard* abbatte anche le capacità di governo del pubblico potere.

In conclusione, è evidente come questioni che definiscono un profilo di qualità della vita e un nuovo modello di cittadinanza finiscono sempre più per giocare in questo rapporto tra dimensione nazionale, internazionale e sovranazionale, come tra globalizzazione e capacità di "mettere al servizio" le opportunità che quest'ultima offre.

Forse quello che le amministrazioni devono mantenere come loro compito precipuo, è di sforzarsi perché la globalizzazione sia sempre integrazione, perché solo se integra l'economia è portatrice di benessere e previene conflitti anche violenti, e le amministrazioni possono evitare la deriva di una economia selettiva e distruttiva di tessuto sociale.

Anche lo studioso e l'operatore del diritto amministrativo si devono porre il problema di quali contenuti, paradigmi e terreni di iniziativa ponga il tema della globalizzazione. Anche le amministrazioni dei vari paesi del mondo occorre diventino consapevoli che, per affrontare le sfide della globalizzazione, c'è bisogno di nuovi e moderni movimenti di cittadinanza, di nuove politiche dei diritti, di concrete ed efficaci pratiche di solidarietà, capaci di sviluppare una società civile internazionale e sovranazionale nella quale siano garantite la dignità, la libertà, la giustizia.

È questo un compito che deve essere assunto con orgoglio come impegno di coloro che si dedicano allo studio e all'applicazione delle norme di diritto amministrativo, disciplina che io insegno nell'Università, considerando che:

– il diritto amministrativo non riguarda soltanto problemi di organizzazione neutrale dei pubblici poteri e di efficienza delle am-

ministrazioni pubbliche, ma anche essenziali problemi di libertà e di tutela degli interessi individuali e collettivi<sup>7</sup>;

– l'esercizio concreto delle libertà degli uomini e delle donne, considerati come singoli e come membri dei vari gruppi operanti nella società, dipende sempre più dal concreto svolgimento dei poteri amministrativi che dalla formale e astratta garanzia contenuta nelle carte costituzionali che assicurano i diritti fondamentali.

Come ha giustamente osservato Anthony Giddens, un sociologo autore di testi la cui conoscenza è assai utile per la comprensione delle trasformazioni sociali nell'epoca della globalizzazione, oggi che le istituzioni pubbliche e la stessa vita quotidiana si stanno liberando dal peso delle tradizioni del passato il nostro mondo mutevole e sfuggente non necessita di meno governo, ma di più governo, e questo soltanto le istituzioni democratiche possono garantirlo<sup>8</sup>.

Sono infatti convinto che, con il passare del tempo risulta sempre più esatta l'affermazione che lo studioso americano Frank J. Goodnow faceva nel secondo decennio del secolo scorso, quando osservava che i grandi problemi del diritto pubblico moderno sono quasi esclusivamente di natura amministrativa (...). L'età presente è di riforma amministrativa. Le nostre attuali complesse condizioni sociali richiedono enormi domande dal lato amministrativo di governo<sup>9</sup>.

## 2. *Una speranza per il futuro: una maggiore tutela dei diritti umani nel mondo*

L'ambito di protezione dei diritti umani nelle organizzazioni internazionali e nei vari sistemi nazionali tende a divenire sempre più vasto<sup>10</sup>. Esso comprende le c. d. libertà civili, i diritti politici e quelli economici, sociali e culturali, i diritti delle minoranze e dei popoli (si pensi all'importanza che assume il problema, purtroppo di attualità

---

<sup>7</sup> S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Id.*, *Trattato di diritto amministrativo*, I, Giuffrè, 2000, pp.1-88, spec. p. 3.

<sup>8</sup> A. GIDDENS, *La terza via*, Il Saggiatore, 1999.

<sup>9</sup> *Principles of constitutional government*, Harper Brother, 1916, 265.

<sup>10</sup> Cfr. di recente E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, a cura e con saggio introduttivo di C. AMIRANTE, Giappichelli, 1998.

anche ai nostri giorni, della questione razziale: in Italia, con la legge 25.6.1993, n. 205, sono state adottate misure urgenti in materia di “discriminazione razziale, etnica e religiosa”<sup>11</sup>, il diritto alla pace (per l’ordinamento italiano assumono grande importanza le disposizioni costituzionali degli artt. 10 e 11 Cost.), il diritto all’ambiente, concepito come diritto alla qualità della vita gradevole (per l’Italia, cfr. artt. 9 e 32 Cost.), il diritto allo sviluppo della persona e allo sviluppo dei popoli (cfr. in proposito la risoluzione generale dell’Assemblea generale delle Nazioni unite del 4 dicembre 1986), il diritto al patrimonio comune dell’umanità – diritto al patrimonio comune spaziale, marittimo, naturale e culturale – (una convenzione dell’Unesco del 23 novembre 1972 attribuisce alla “comunità internazionale” il compito di conservazione di tale patrimonio), il diritto all’autonomo sviluppo dei bambini (l’art. 44 della Convenzione di New York del 1989 chiedeva agli stati aderenti di consegnare entro due anni un «rapporto sulle misure da essi adottate per applicare i diritti riconosciuti [...] e sui progressi compiuti nella realizzazione di tali diritti», indicando «i fattori e le eventuali difficoltà che impediscano di assolvere pienamente gli obblighi»), il diritto alla privacy, il diritto alla libertà informatica, dopo che l’informatica è divenuto simbolo emblematico della nostra cultura.

Come ha giustamente ricordato Antonio Cassese, «quella dei diritti umani è una “galassia” ideologico-normativa in rapida estensione, e con una meta precisa: accrescere la salvaguardia della dignità della persona. I diritti umani rappresentano il generoso (in parte, forse, illusorio) tentativo di introdurre la razionalità nelle istituzioni politiche e nella società di tutti gli Stati: si badi bene, non la razionalità astratta sui cui pericoli Adorno e Horkheimer già tanti anni fa ci avevano aperto gli occhi, ma quella razionalità sottesa dai valori cristiani e da certi grandi concetti “laici” della tradizione illuministica, che sola può svegliarci dall’incubo della disumanità, che tanto ci opprime»<sup>12</sup>.

A proposito dei “diritti umani” e dell’impegno per la loro garanzia, è da valutare con giustificata diffidenza la tendenza, che talora si nota

---

<sup>11</sup> Cfr. S. LARICCIA, *Il diritto all’onore delle confessioni religiose e dei loro fedeli*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1986, n. 3, II, pp. 466-73; F. MARGIOTTA BROGLIO, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000, n. 1, pp. 269-79.

<sup>12</sup> A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, 1988, p. VII.

in taluni gruppi che hanno una visione integralista della società, a considerare tali diritti come contrapposti ai “diritti civili”. Come si è rilevato, «I diritti umani dell’integralismo cattolico palesano immediatamente una vertiginosa distanza rispetto ai diritti umani (e civili) nel senso rigoroso del termine, quello di Amnesty International, per intenderci, che è poi il senso storicamente affermato a partire dalla rivoluzione americana e da quella francese»<sup>13</sup>.

In ogni circostanza in cui viene proclamato l’impegno per la protezione dei diritti dell’uomo, è necessario dunque valutare con attenzione i termini delle varie questioni in discussione, per non limitarsi a rispettare i soli riti delle commemorazioni e per tentare invece di aprire un discorso fruttuoso, che consenta di riflettere sui diritti degli uomini e delle donne nella società contemporanea e di cogliere le inevitabili differenze che, al di là delle parole e dei termini usati, sussistono, talora in misura assai accentuata, fra diverse concezioni della vita individuale e sociale e dei diritti inalienabili della persona umana.

### 3. *La tutela internazionale e sopranazionale dei diritti dell’uomo*

In materia di diritti umani assumono una grande importanza i precetti internazionali, tra i quali vanno soprattutto ricordati il testo del preambolo e dei trenta articoli della Dichiarazione universale dei diritti umani, approvata a New York il 10 dicembre 1948, dopo che nel 1945 il rispetto dei diritti umani era stato formalmente consacrato tra i principi regolatori dei rapporti internazionali nella Carta di San Francisco, cioè nello Statuto delle Nazioni unite, nel cui preambolo si legge la seguente premessa: «Noi, popoli delle Nazioni Unite, decisi [...] a riaffermare la fede nei diritti umani fondamentali, nella dignità e nel valore della persona umana, nella equaglianza dei diritti degli uomini e delle donne e delle nazioni grandi e piccole [...]» (cfr. anche art. 1, § 3).

Con la dichiarazione approvata il 10 dicembre 1948 dall’Assemblea generale delle Nazioni unite il principio del rispetto dei diritti umani viene considerato in un’ampia lista di diritti fondamentali, «considerato che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della

---

<sup>13</sup> P. FLORES D’ARCAIS, *Il garofano e l’acqua santa*, in *MicroMega*, 1988, n. 3, pp. 203-20, spec. p. 207.

famiglia umana e dei loro diritti, uguali e inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo».

La dichiarazione universale da solenne “raccomandazione” diviene “norma” giuridicamente vincolante nel 1976, quando entrano in vigore le due grandi Convenzioni o Patti internazionali rispettivamente sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali, adottati dall’Assemblea generale nel 1966.

Grande importanza hanno assunto in proposito le due Dichiarazioni (raccomandazioni solenni) delle Nazioni unite, rispettivamente sul diritto dei popoli alla pace (1984) e sul diritto alla sviluppo (1986).

In Europa, alla fase dell’obbligo etico-politico segue la fase dell’obbligo giuridico, limitatamente però all’area dei diritti civili e politici, nel 1953, con l’entrata in vigore della Convenzione europea, adottata nel 1950, per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali<sup>14</sup>.

Attualmente la consapevolezza dell’importanza che assume l’esigenza di combattere i soprusi contro la persona nel mondo induce sempre più spesso il Parlamento europeo a condizionare a un maggiore rispetto per i diritti dell’uomo l’efficacia degli accordi già conclusi e dei finanziamenti già concessi. Ormai tutti gli accordi conclusi da Bruxelles con un paese terzo contengono una clausola che vincola eventuali aiuti economici al rispetto dei diritti dell’uomo. L’Europarlamento cominciò, sin dagli anni ’80, a pretendere una disposizione del genere e all’inizio tale richiesta venne da alcuni ritenuta fuori luogo: adesso si tratta di una norma sostanzialmente obbligatoria.

Del 1969 è la Convenzione per il continente americano, entrata in vigore nel 1979. Nel 1981 è adottata la Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli, entrata in vigore nel 1986. Per i paesi di cultura islamica non vi è ancora una vera e propria convenzione giuridica, anche se hanno avuto una grande importanza la Dichiarazione universale islamica dei diritti dell’uomo (Parigi, 19 settembre 1981)<sup>15</sup> e la Dichiarazione dei diritti umani nell’Islam, adottata al Cairo il 5

---

<sup>14</sup> Sulle diverse forme di tutela dei diritti dell’uomo nell’ambito del Consiglio d’Europa, con particolare riferimento all’Unione europea, cfr., nella sterminata bibliografia, H. SCHERMERS, *Human Rights in the European Union after the Reform of 1 november, 1998*, in *European Public Law*, 1998, p. 335.

<sup>15</sup> R. BOTTA, *Codice di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, 1997, p. 56.

agosto 1990 dalla XIX Conferenza islamica dei ministri degli esteri. Nelle due dichiarazioni vengono adottate talune espressioni – come quelle di “diritti umani e libertà fondamentali”, “dignità umana fondamentale”, “proibizione di ogni discriminazione”, “senza distinzioni basate sulla razza, il colore, la lingua, il sesso, il credo religioso, l’affiliazione politica, le condizioni sociali”, “diritto delle minoranze non mussulmane” – che appartengono alla terminologia del nuovo diritto internazionale, nel quale le garanzie dei diritti umani assumono un’importanza sempre maggiore.

Sul piano generale è importante ricordare che il riconoscimento giuridico internazionale non è sostitutivo né, ovviamente, alternativo rispetto al riconoscimento interno, ma serve a rafforzare i sistemi di garanzie esistenti dentro gli Stati e a stimolarne la creazione laddove questi sistemi non esistono ancora.

In coerenza con le aspirazioni sempre più diffuse nelle società democratiche contemporanee, nei vari paesi si sostiene la necessità di trovare nuove soluzioni idonee a risolvere il problema di una maggiore tutela dei diritti umani individuali e collettivi, con particolare riferimento ai seguenti obiettivi:

a) riaffermare il ruolo e l’importanza del diritto e della cultura per la realizzazione della pace;

b) rendere sempre più efficace il principio di interferenza nei confronti degli Stati che, con la loro azione, determinano situazioni gravissime per il mancato rispetto dei diritti umani;

c) riorganizzare i poteri degli organi internazionali e sovranazionali, rendendo partecipe l’Unione europea delle delibere del Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite e determinando le condizioni per un’azione sempre più efficace degli organi a carattere giurisdizionale, come la Corte permanente per i crimini di guerra e i Tribunali internazionali;

d) definire in modo differente le relazioni con gli Stati che sono soliti violare i diritti umani e rendere sempre più frequente il ricorso alle cosiddette clausole sociali, intese a prevedere forme di garanzia per il rispetto di alcuni diritti e il perseguimento di alcuni obiettivi, come per esempio quelli relativi alla tutela dell’infanzia e alla lotta contro lo sfruttamento dei minori nel lavoro.

## *Stato di attuazione della riforma didattica («3+2»). Il diritto amministrativo (IUS/10)\**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La conoscenza delle scelte effettuate dalle strutture didattiche, e dunque dai colleghi. - 3. Alcune avvertenze. - 4. Facoltà di giurisprudenza e facoltà umanistiche: tornerà la laurea di 4 anni? - 5. Nuove offerte formative e incertezza sulle risposte degli studenti e sulle loro iscrizioni. Denominazione degli insegnamenti e loro collocazione nei settori scientifico-disciplinari. - 6. La riforma didattica e i rapporti di collaborazione tra atenei, tra facoltà e tra docenti di diverse discipline. - 7. Problemi di difficile soluzione e questioni ancora aperte. - 8. L'insegnamento del diritto amministrativo nel nuovo ordinamento didattico. - 9. Conclusioni.

### *1. Premessa*

Quando Luisa Torchia, e subito dopo Sabino Cassese, mi hanno chiesto, nel luglio scorso, a nome del consiglio direttivo della nostra associazione, di preparare una relazione introduttiva al dibattito per il convegno di Palermo del 4-5 ottobre 2001, con riferimento allo stato di attuazione della riforma didattica («3+2») relativo agli insegnamenti del settore disciplinare IUS/10 (DIRITTO AMMINISTRATIVO), ho accolto con molto piacere la loro richiesta: pur rendendomi conto della difficoltà di conoscere in modo adeguato le varie e multiformi offerte formative definite nei mesi scorsi dalle strutture didattiche (le diverse facoltà, anche in collaborazione tra loro, e i «consorzi» interuniversitari), mi interessava tuttavia svolgere un lavoro che mi avrebbe consentito di valutare meglio il livello di attuazione di una riforma alla cui previsione e programmazione avevo lavorato durante la mia partecipazione alla commissione nominata dal ministro Luigi Berlinguer e presieduta da Guido Martinotti; si trattava inoltre di

---

\* Relazione al Convegno dell'Associazione italiana dei professori di Diritto amministrativo - Palermo 4-5 ottobre 2001 - in *Annuario ... / Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, 2001, 2, Milano, Giuffrè, pp. 209-79.

una ricerca riguardante i problemi della didattica<sup>1</sup>, che troppo spesso, a mio avviso, sono considerati di secondaria importanza nello svolgimento del nostro lavoro di professori universitari<sup>2</sup>: «Insegnare all'Università: un mestiere diverso» è il titolo di un saggio del 1982 di Umberto Pototschnig, inserito, non a caso come lavoro conclusivo del bel volume pubblicato nel 1999 che raccoglie gli *Scritti scelti* di questo caro e prestigioso collega<sup>3</sup>; uno scritto nel quale si sottolinea l'importanza del collegamento tra attività didattica e ricerca scientifica, anche se in esso ci si sofferma prevalentemente sui problemi della ricerca scientifica.

## 2. *La conoscenza delle scelte effettuate dalle strutture didattiche, e dunque dai colleghi*

Ma il motivo principale che mi ha indotto a preparare questo mio lavoro di analisi delle scelte effettuate dai colleghi nelle rispettive sedi universitarie è consistito nella convinzione che la conoscenza, da parte di ciascuno di noi, delle scelte degli altri può innescare un processo sia di critica nei confronti delle scelte “cattive”, o comunque discutibili, che certamente vi sono, ed era inevitabile vi fossero in una prima fase di riorganizzazione degli ordinamenti didattici, sia di apprezzamento, e conseguentemente di imitazione, nei confronti di quelle “buone”, che a mio avviso sono la maggior parte. Il processo di innovazione avviato dalla riforma didattica è fondato su alcuni principi essenziali: diretta responsabilizzazione delle strutture didattiche (e, quindi, dei docenti e degli studenti); valorizzazione della capacità

---

<sup>1</sup> Sui problemi relativi all'insegnamento universitario delle discipline giuridiche pubblicistiche, cfr. il recente volume di V. CERULLI IRELLI, O. ROSELLI, *Per una riflessione sulla didattica del diritto (con particolare riferimento al diritto pubblico)*, Milano, Franco Angeli, 2000.

<sup>2</sup> La nostra associazione, sin dai primi incontri organizzati negli ultimi anni, ha invece dedicato grande importanza ai problemi della didattica del diritto amministrativo. E il collega Marco Cammelli in molte occasioni ha svolto un approfondito lavoro di analisi di tali problemi.

<sup>3</sup> L'articolo, pubblicato in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 495-537, è stato ripubblicato in U. POTOTSCHNIG, *Scritti scelti*, Padova, Cedam, 1999, pp. 835-66.

di autonomia e di autoriforma degli atenei; valutazione dei risultati, anche ai fini del finanziamento statale<sup>4</sup>; conoscere le soluzioni adottate nelle singole sedi universitarie, le opinioni dunque proposte ed accolte nelle varie facoltà, consente di valutare lo stato di attuazione della riforma medesima.

Il lavoro di ricerca, svolto con la collaborazione del mio allievo Fabio Giglioni, non è stato semplice, ma spero di essere riuscito a trovare un materiale sufficiente per consentire un dibattito che eventualmente potrà, e forse dovrà, proseguire in future occasioni di incontro.

Innanzitutto mi sono rivolto ai colleghi che, nei mesi scorsi, hanno partecipato al lavoro di programmazione didattica nelle loro università. Come i colleghi ricordano, in un messaggio e-mail del 18 luglio scorso, trasmesso con la cortese collaborazione di Alessandra Battaglia, segretaria della nostra associazione, ho posto i quesiti che qui riporto.

Cari colleghi, (...) come potete immaginare ho bisogno del vostro aiuto per cercare di dare una risposta, sia pure per ora necessariamente provvisoria, ai seguenti quesiti:

– nella vostra facoltà quali corsi di laurea sono stati previsti ed eventualmente attivati nel triennio e nel successivo biennio di specializzazione?

– In quali corsi è stato previsto l'insegnamento di *Diritto amministrativo* e quanti crediti sono stati assegnati a questa disciplina (precisando quale denominazione è stata prevista per i corsi del Diritto amministrativo sostanziale e processuale)?

– Sono stati istituiti nelle vostre facoltà i corsi di specializzazione per le professioni legali e altri corsi di specializzazione, di master e di dottorati ed, eventualmente, qual è lo «spazio» riconosciuto alle discipline del *Diritto amministrativo*?

– Quali manuali pensate di consigliare agli studenti per la preparazione degli esami?

– Quali quesiti, dubbi, problemi, suggerimenti pensate che sarebbe opportuno considerare in proposito nel nostro incontro del prossimo ottobre?

---

<sup>4</sup> Cfr. in proposito L. GUERZONI, *Contro il «3+2» tanti pregiudizi*, in *Il Sole-24 ore*, 1 aprile 2001, p. 10.

I colleghi che mi hanno risposto sono stati numerosi e li voglio qui pubblicamente ringraziare per il loro aiuto, per le loro informazioni, per i loro preziosi suggerimenti.

In molti casi tuttavia, considerando l'elevato numero di colleghi che non erano riusciti a scrivermi, anche per il periodo estivo da poco concluso, ho dovuto contare sulle forze mie (e di Giglioni) per raccogliere i dati necessari, che sono quelli riportati nelle pagine seguenti di questo testo. La ricerca è stata fatta utilizzando la consultazione dei siti internet, le informazioni fornite dai giornali che, in questo periodo che precede la data fissata per le iscrizioni degli studenti, contengono molti avvisi pubblicitari, le informazioni acquisite consultando le segreterie universitarie e ricorrendo ai modi più vari per arrivare ad avere il maggior numero possibile di informazioni. Voglio subito dire che queste informazioni possono essere in molti casi inesatte, sia per errori da me commessi, sia per la nota provvisorietà dei dati inseriti nei siti internet, che possono essere stati modificati dopo la consultazione, che si è conclusa il venti settembre. Per queste inesattezze sarò grato a chi vorrà cortesemente segnalarmele.

### 3. *Alcune avvertenze*

Alcune precisazioni che consentano di rendere più agevole la consultazione dei dati risultanti dalla mia ricerca.

Mi sono limitato ad indicare la denominazione delle lauree attivate, senza precisare la denominazione della classe di appartenenza, che è facilmente individuabile tuttavia consultando il d.m. 4 agosto 2000. Comunque i corsi di laurea più frequentemente attivati sono i corsi, per le lauree, di Scienze giuridiche (classe 31) e di Scienze dei servizi giuridici (classe 2), e i corsi, per le lauree specialistiche, di Giurisprudenza (classe 22/S) e di Scienze delle pubbliche amministrazioni (classe 71/S).

Ho evidenziato con un asterisco le c.d. lauree triennali, che ho definito «lauree», in conformità all'indicazione del ministero che il nome della laurea c.d. di primo livello debba evitare l'uso di aggettivi (brevi, triennali ecc.) ed ulteriori precisazioni (di primo livello, in sequenza ecc.), per evitare di far pensare che la vera e propria laurea non sia quella che si consegue alla fine dei primi tre anni ma la laurea del

quinquennio: nella prospettiva dei promotori della riforma insomma la laurea, senza ulteriori aggiunte, è quella triennale<sup>5</sup>; tant'è vero che Luciano Guerzoni, sottosegretario del MURST del precedente governo, ha dichiarato che se più del 20% degli studenti dovesse continuare gli studi oltre il conseguimento del titolo dopo i primi tre anni, la riforma dovrebbe probabilmente ritenersi fallita. Con due asterischi sono indicate le c.d. lauree specialistiche.

Su questo punto del rapporto tra «lauree» e «lauree specialistiche» aggiungo qualcosa, contraddicendo il mio intento di non soffermarmi troppo in questa occasione su problemi che riguardano il tema generale della riforma didattica, considerando che il compito che mi è stato affidato è quello di valutare lo stato di attuazione della riforma stessa con specifico riferimento ai problemi dell'insegnamento del *Diritto amministrativo*.

Come tutti sappiamo, una delle principali difficoltà della riforma è consistita nell'intento di collegare gli *obiettivi formativi qualificanti* delle diverse classi, oltre che con finalità culturali, anche con precisi sbocchi professionali, coerentemente con l'esigenza, evidenziata in tutti i documenti programmatici della riforma didattica, di ottenere che in ogni laurea siano sempre previsti curricula «terminali», idonei a consentire un'immediata «spendibilità» nel mercato del lavoro: in questa prospettiva, può dirsi che nessuna laurea, e a maggior ragione nessuna «classe», dovrebbe essere utile solo per chi continua gli studi; anche se è evidente che potranno certo esservi opportune differenziazioni tra «curricula» organizzati verso la «terminalità» e altri caratterizzati da una piena utilizzabilità per studi specialistici.

In alcuni casi si può invece constatare che talune classi di laurea siano state considerate, da parte di coloro che ne hanno definito gli obiettivi, esclusivamente come il primo ciclo di una laurea specialistica. Questa osservazione può valere, per esempio, a proposito della tendenza a dare valore quasi ufficiale all'interpretazione delle

---

<sup>5</sup> Cfr. G. LUZZATTO, 2001: *l'Odissea dell'università nuova*, Firenze, La Nuova Italia, 2001, spec. p. 77, il quale osserva che solo con la scelta di usare il termine laurea per il primo livello, sarebbe stato chiaro che tale livello rappresentava non una sottospecie del titolo universitario «vero», come nei fatti, troppo spesso, era stato considerato il diploma; bensì il primo obiettivo degli studi universitari, obbligatorio per tutti e conclusivo per molti.

*Scienze dei servizi giuridici* (n. 2) come percorso a sbocco chiuso, indirizzato verso funzioni intermedie, mentre le *Scienze giuridiche* (n. 31) sarebbero la laurea «nobile», finalizzata esclusivamente a quella prosecuzione che è necessaria per le professioni «alte»; negli obiettivi di quest'ultima classe si precisa infatti che «i Corsi privilegiano la *qualità* del processo di apprendimento rispetto alla *quantità* delle nozioni impartite» (l'asterisco è mio), implicitamente attribuendo caratteristiche opposte all'altra classe, quella di *Scienze dei servizi giuridici*, negli obiettivi della quale si parla solo di contenuti<sup>6</sup>.

Ritornando ora ai criteri seguiti nell'analisi delle scelte effettuate con riferimento al diritto amministrativo, ricordo: che per i programmi ho riportato solo quelli espressamente riferiti all'a.a. 2001-'02; che, per il materiale didattico, molti colleghi mi hanno comunicato che intendono valutare in questo periodo quali manuali siano più idonei ad essere previsti come testi consigliati nel nuovo ordinamento didattico; che i docenti delle varie discipline, quando sono soltanto segnalati, senza indicazione dei programmi del nuovo anno accademico, sono ripresi dai programmi 2000-'01 delle varie facoltà. È quest'ultima una precisazione importante, non tanto ovviamente per i nomi dei colleghi che conosco essere titolari nelle diverse facoltà, quanto per i nuovi associati per le nuove materie, la cui assegnazione è di difficile previsione. Comunque in proposito, come in tutti gli altri casi, sarò grato ai colleghi che vorranno comunicarmi, prima della pubblicazione di questo scritto le variazioni rese necessarie dalle mie inesatte indicazioni.

#### 4. *Facoltà di giurisprudenza e facoltà umanistiche: tornerà la laurea di 4 anni?*

Il lavoro è proseguito con buona lena e direi con soddisfazione fino a mercoledì della settimana scorsa, quando confesso di essere rimasto “gelato” dopo che il ministro dell'istruzione, Letizia Moratti, il giorno precedente, aveva dichiarato al senato e poi in televisione nel

---

<sup>6</sup> V. sul punto G. LUZZATTO, 2001: *l'Odissea dell'università nuova*, cit., spec. p. 102 ss.

«Maurizio Costanzo Show» che è in atto una «ricognizione sull'opportunità confermare la riforma universitaria basata sul "3+2"»: al riguardo – si legge nel resoconto della seduta della commissione istruzione di martedì 25 settembre – le facoltà di carattere scientifico «appaiono assai più convinte rispetto a quelle umanistiche, sì da far apparire realistico un sistema flessibile in cui convivano a regime due distinti percorsi». In particolare, il ministro ha fatto riferimento alle «preoccupazioni» circa il modulo "3+2" manifestate nelle facoltà umanistiche e di giurisprudenza, mentre risulta – ha dichiarato il ministro – che quasi tutte le strutture scientifiche «siano convinte della riforma e vogliano proseguire su questa strada». Le voci contrarie alla riforma, si è osservato, sono particolarmente numerose proprio nel settore umanistico: da più parti in questo ambito, si è infatti contestata la possibilità di costruire «*curricula* triennali che possano offrire gli elementi per una solida preparazione di base».

Non so se è giustificata l'affermazione dell'*ex* ministro dell'università e dell'istruzione, Luigi Berlinguer, che ha ritenuto le conclusioni di Letizia Moratti come una concessione al «corporativismo dell'academia», inaccettabile anche perché ripropone una divisione anacronistica dei saperi: da una parte la cultura umanistica, dall'altra quella tecnica e scientifica con modelli didattici diversificati. Quel che è certo è che, nei mesi scorsi, assai forte è stata la pressione di una parte del mondo accademico per impedire che il nuovo ordinamento didattico venisse confermato dal nuovo governo. Significativo al riguardo il contenuto dell'articolo del mio amico Massimo Luciani, pubblicato come articolo di fondo su *La Stampa* del 2 settembre scorso, quando ancora temi e problemi come quello della riforma universitaria potevano essere pubblicati in prima pagina, con il titolo *E ora alt alle lauree brevi*. Luciani osserva che è evidente che la laurea triennale è funzionale all'interesse delle imprese, che reclamano quadri intermedi in gran numero e senza eccessivi costi di formazione. L'articolo si conclude con l'osservazione: «I critici della riforma non mancano, ma molti pensano che ormai sia troppo tardi per fermare il treno in corsa. Forse, però, sarebbe meglio provarci, piuttosto che rassegnarsi a subire gli eventi».

Le pressioni dei colleghi contrari alla riforma (e alcuni colleghi di diritto amministrativo nelle loro lettere inviatemi in risposta alla mia richiesta del 18 luglio hanno chiaramente espresso la loro contrarietà

alla riforma stessa<sup>7</sup>) hanno dunque indotto il potere politico a intervenire, con grave ritardo – su questo almeno penso si possa essere d'accordo –, sul processo di riforma ormai avviato, proprio nei giorni in cui esso cominciava ad attuarsi (molti tra noi iniziano le lezioni in questo mese di ottobre), con l'evidente rischio di creare disorientamento tra i professori e soprattutto tra gli studenti. Tra l'altro non si può dimenticare che alcune università, come per esempio le facoltà di agraria, lettere, scienze della formazione e scienze politiche dell'università di Torino, hanno già provveduto a consegnare i certificati attestanti il conseguimento della «laurea» ai primi laureati triennali<sup>8</sup>, in attuazione della sperimentazione adottata negli ultimi anni.

Due giorni dopo le prime dichiarazioni, tuttavia, il ministro Moratti, ha precisato, di fronte alla conferenza dei rettori degli atenei (CRUI)<sup>9</sup>, che non c'è nessuna intenzione del ministero di frenare l'azione degli atenei, nella maggioranza dei quali – ha affermato Luciano Modica, presidente della conferenza dei rettori – si stanno avviando i nuovi corsi. E la conferenza ha diffuso un comunicato per ribadire «l'impegno degli atenei nell'avvio della riforma, che ha visto da tempo un forte coinvolgimento di tutte le componenti universitarie», precisando che l'obiettivo è quello di «soddisfare le aspettative di studenti, famiglie,

---

<sup>7</sup> Ricordo in proposito l'opinione che è stata espressa da Salvatore Raimondi, il quale, sul punto, mi ha scritto: «ritengo che per Giurisprudenza la riforma sia un errore madornale perché la laurea triennale non consente altro che l'accesso a posti di pubblico impiego della *ex* carriera direttiva. L'errore di fondo è consistito nell'aver postposto all'introduzione della riforma l'indagine della commissione Rossi. Se si fosse fatto al contrario si sarebbe visto che si va verso un aggravio degli studi senza alcun vantaggio. Per es. le procedure ci saranno sia nel triennio che nel biennio. Solo in pochissimi casi (per quanto mi risulta Firenze e Bologna) è stato previsto un unico esame per le due discipline (due moduli) con un numero di crediti esiguo)...». Alberto Azzena ha osservato che «c'è il concreto pericolo di una concorrenza al ribasso fra le diverse Facoltà, perché anche chi parte con le migliori intenzioni si lascia poi attrarre dalle facilitazioni. Ma l'esperienza mi insegna che è inutile contrastare la tendenza, che farà il suo corso fino a che ci si avvedrà delle ovvietà e enunceranno rimedi palingenetici».

<sup>8</sup> Vedi in proposito l'articolo di N. TRANFAGLIA, *Atenei: lauree «rimandate» dalla burocrazia*, in *Il Sole 24 ore*, 23 settembre 2001, p. 11.

<sup>9</sup> Di grande interesse, per una sintetica valutazione del passato e, in un certo senso, del futuro del nostro sistema universitario, è, a mio avviso, la lettura del documento *Sullo stato delle università italiane. La carta dei doveri e dei diritti nell'anno del cambiamento*, presentato alla LUISS alla conferenza dei rettori del marzo 2001.

imprese per un'università più aperta alle esigenze reali della società».

Le università avranno comunque più tempo per adeguarsi all'autonomia didattica: 30 mesi, invece di 18, dalla pubblicazione dei decreti di riforma sulla *Gazzetta Ufficiale*: lo prevede un disegno di legge approvato nel consiglio dei ministri del 27 settembre; viene dunque spostato dal 19 aprile 2002 al 19 aprile 2003 il termine fissato alle università per recepire i nuovi ordinamenti delle classi di laurea (d.m. 4 dicembre 2000).

Nella discussione degli ultimi giorni sulla riforma delle lauree di giurisprudenza, ritengo opportuno riferire l'opinione di Antonio Padoa Schioppa, il quale, in un articolo pubblicato su *La Stampa* di sabato 29 settembre, con il titolo *Tre anni possono bastare*, ha espresso la propria adesione al sistema del corso di studi denominato "3+2" (anche) nelle facoltà giuridiche, purché vengano rispettate alcune condizioni di organizzazione dei corsi e sul fondamento della considerazione che «da sempre in Italia una gran parte dei laureati in giurisprudenza non esercita attività giuridiche in senso proprio, bensì opera nelle imprese, nelle pubbliche amministrazioni, nel commercio e in tanti altri campi», e che le stesse imprese hanno sottolineato ripetutamente in questi anni che «una buona formazione generale di base trova sul mercato del lavoro ampi spazi, proprio perché solida e flessibile al tempo stesso».

##### 5. *Nuove offerte formative e incertezza sulle risposte degli studenti e sulle loro iscrizioni. Denominazione degli insegnamenti e loro collocazione nei settori scientifico-disciplinari*

Assai ampio e articolato si presenta il «quadro» delle offerte didattiche formative proposte nelle varie sedi universitarie. In proposito occorre dire che, per alcune lauree, appare giusta l'osservazione del ministro che, nella ricordata relazione alla commissione istruzione del Senato, ha espresso le sue perplessità con queste parole: «Siamo preoccupati per la proliferazione dei corsi di laurea che, in molti casi, ci sembra non avere senso. La riforma prevedeva un raccordo pieno con il mondo produttivo, ma non sempre ciò è garantito dai nuovi corsi».

Giustificato è anche il timore circa la qualità dei corsi di studio e l'adeguatezza delle risorse – docenti, attrezzature, aule, assistenza

didattica – disponibili nei singoli atenei: non si può certo dubitare della grande importanza che assume il problema della garanzia di un servizio didattico efficiente, problema al quale sta lavorando il comitato nazionale di valutazione del sistema universitario.

Perplessità suscita invece la possibilità che è stata prospettata di rivedere, in sede ministeriale, «i crediti attribuiti alle materie, anche rispetto alle differenze eccessive emerse fra di esse nell'ambito di identici corsi di laurea»: un'affermazione questa che contraddice il presupposto dell'autonomia che è alla base della riforma didattica progettata dalla commissione Martinotti e poi realizzata dal ministero<sup>10</sup>.

Un importante problema è quello degli insegnamenti, o meglio delle loro denominazioni, compresi nei settori scientifico-disciplinari: come è noto, questi ultimi sono stati «rideterminati» con d.m. 26 febbraio 1999; in particolare nel settore che in tale decreto si definisce N10X (DIRITTO AMMINISTRATIVO), vengono comprese le seguenti discipline: Contabilità degli enti pubblici; Contabilità di Stato; Diritto amministrativo; Diritto degli enti locali; Diritto dei beni pubblici e delle fonti di energia; Diritto dell'ambiente; Diritto minerario; Diritto processuale amministrativo; Diritto scolastico; Diritto urbanistico; Disciplina giuridica delle attività tecnico-ingegneristiche; Legislazione de beni culturali; Legislazione delle opere pubbliche e dell'edilizia; Legislazione forestale. Successivamente il legislatore ha nuovamente esaminato, con d.m. 4 ottobre 2000, il tema della «rideterminazione» dell'«aggiornamento» dei settori scientifico-disciplinari e della definizione delle relative declaratorie, ai sensi del d.m. 23 dicembre 1999.

Nell'area 12 - *Scienze giuridiche*, a proposito del settore Ius/10 si precisa che esso «comprende gli studi relativi all'organizzazione della pubblica amministrazione ed alla disciplina dell'attività amministrativa pubblica, con riferimento, in particolare, al procedimenti, agli atti,

---

<sup>10</sup> Per una valutazione del problema dell'autonomia delle università, prima dei provvedimenti legislativi che con riferimento all'autonomia universitaria sono stati approvati nell'ultimo decennio, cfr. U. POTOTSCHNIG, *L'autonomia universitaria. Strutture di governo e di autogoverno*, relazione tenuta il 25 novembre 1988 a Bologna in occasione del III convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, in *Giur. cost.*, 1988, II, pp. 2305-15, in AA.VV., *L'autonomia universitaria*, Padova, Cedam, 1991 e in *Id.*, *Scritti scelti*, cit., pp. 823-34. Per una bibliografia aggiornata sull'autonomia dell'università può vedersi S. LARICCIA, *Diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, p. 534.

a controllo giurisdizionale, ai profili finanziari. Gli studi attengono, altresì, al diritto regionale e degli enti locali, alla contabilità dello Stato e degli enti pubblici, al diritto urbanistico, nonché ai profili pubblicistici del diritto dell'ambiente e del diritto dell'informazione e della comunicazione».

Per gli insegnamenti del *Diritto regionale* e del *Diritto regionale e degli enti locali*, compresi nel settore N09X (*Istituzioni di diritto pubblico*) dal d.m. 26 febbraio 1999, ho ritenuto di indicarli ugualmente tra le discipline previste dalle strutture didattiche: essi risultano sottolineati per evidenziare che appartengono ad un settore scientifico-disciplinare diverso rispetto agli insegnamenti previsti in N10X, anche se gli studi attinenti al diritto regionale e degli enti locali rientrano in Ius/10 ai sensi del d.m. 4 ottobre 2000.

La stessa soluzione della *sottolineatura* ho adottato per la *Scienza dell'amministrazione*, il cui studio il d.m. 4 ottobre 2000 comprende nell'area 14 - *Scienze politiche e sociali*, SPS/04 *Scienza politica*: in proposito non ho potuto fare a meno di ricordare il grande contributo degli studiosi del diritto amministrativo allo studio interdisciplinare di questa disciplina. Un ricordo che fa riferimento a due esperienze personali: la prima che risale a molti anni fa, quando, nel 1955, ho potuto ascoltare (frequentavo allora il II anno della facoltà di giurisprudenza) le relazioni di Gianfranco Miglio su *Le origini della Scienza dell'amministrazione*, di Massimo Severo Giannini su *L'unità della Scienza dell'amministrazione* e di Feliciano Benvenuti su *Premesse giuridiche allo studio della Scienza dell'amministrazione*, presentate al 1° convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione organizzato a Varenna<sup>11</sup>; la seconda, di qualche anno fa, quando, nella mia qualità di componente della Direzione dell'*Enciclopedia del diritto* ho ritenuto di proporre l'inserimento di una voce sulla *Scienza dell'amministrazione*, ed ho proposto come autore il nome di Giorgio Berti<sup>12</sup>: la conclusione della voce, pubblicata nel 1999, esprime l'auspicio di una collaborazione più intensa ed «aperta» di stampo pluridisciplinare, che eviti agli studiosi specializzati

---

<sup>11</sup> Le tre relazioni sono pubblicate in *Atti del primo convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1957, rispettivamente pp. 7-62, 63-82, 83-92.

<sup>12</sup> La voce è stata poi scritta da G. BERTI e V. ANGIOLINI, *Scienza dell'amministrazione*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, III, 1999, pp. 927-36.

l'isolamento; in questa prospettiva si osserva giustamente che la scienza dell'amministrazione non sembrerebbe tanto praticabile come disciplina scientifica a sé, quanto al livello di una panoramica su diverse discipline scientifiche chiamate a rendersi vicendevolmente informate sulle conclusioni distintamente raggiunte<sup>13</sup>. D'altra parte, negli ultimi venticinque anni, professore di *Scienza dell'amministrazione* nella facoltà giuridica dell'università cattolica di Milano è sempre stato un professore di diritto amministrativo, Giorgio Pastori, prima come titolare di ruolo (dal 1976 al 1978), e poi come incaricato o con affidamento interno.

#### 6. *La riforma didattica e i rapporti di collaborazione tra atenei, tra facoltà e tra docenti di diverse discipline*

Questa considerazione a proposito della necessaria interdisciplinarietà della *Scienza dell'amministrazione*<sup>14</sup> mi induce a sottolineare l'importanza che, nell'attuazione della riforma didattica, considerata con specifico riferimento all'insegnamento delle discipline di diritto amministrativo, deve attribuirsi alla necessità di instaurare con fiducia intensi rapporti di collaborazione tra atenei, tra facoltà e tra docenti di diverse discipline. La valutazione delle offerte didattiche che vengono esposte nelle pagine seguenti consente di affermare che non sono rari i casi in cui si è colta l'opportunità di instaurare tali rapporti di collaborazione.

Esempi che posso qui ricordare sono: l'organizzazione di una scuola di specializzazione per le professioni legali dell'università Bocconi di Milano e dell'università degli studi di Pavia, che è una novità significativa, se è vero che è la prima volta che due

---

<sup>13</sup> G. BERTI, V. ANGIOLINI, *op. ult. cit.*, spec. p. 935.

<sup>14</sup> In un *Progetto di dichiarazione comune*, preparato dai relatori, presentato da Feliciano Benvenuti e approvato all'unanimità come *Dichiarazione comune* nel ricordato *I convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, si afferma tra l'altro che «I partecipanti (...) hanno constatato che nel seno delle varie discipline sociali, rappresentate al convegno – storiche, giuridiche, economiche e tecniche – si è sentita, seppur in varia misura, l'esigenza di sottoporre il fatto amministrativo a più ampio studio scientifico nell'ambito di ciascuna disciplina e dal suo punto di disamina (...): v. pp. 275-6.

storiche facoltà uniscono, per l'organizzazione di una scuola che prepari all'esercizio delle professioni legali, la grande tradizione in giurisprudenza alla conoscenza dell'evoluzione della società reale e allo studio e all'insegnamento dell'economia; la collaborazione tra le facoltà di giurisprudenza e di scienze politiche dell'università di Padova, unite nell'organizzazione della laurea di *Diritto dell'economia*; tra le facoltà di lettere e filosofia, di economia e di scienze politiche dell'università di Perugia per la laurea di *Scienza della comunicazione*; tra le facoltà di economia e di architettura di Valle Giulia per la laurea di *Valutazione dei piani e dei progetti per la gestione del territorio e dell'ambiente*; tra le facoltà di giurisprudenza e di scienze politiche dell'università di Messina; tra le facoltà di Ferrara, Trieste e Venezia Ca' Foscari per l'organizzazione di una scuola di specializzazione per le professioni legali ed altri casi ancora che non posso qui ricordare.

Ma la collaborazione che si rende più necessaria, e che probabilmente appare più impegnativa e di più difficile realizzazione, considerando le nostre radicate abitudini, è quella che riguarda i rapporti tra docenti e la destinazione del personale docente ai corsi interateneo interfacoltà. Certo che il desiderio di creare più intensi rapporti tra docenti e di sviluppare una «rete» di collaborazione che potrebbe esser assai proficua, risente le conseguenze delle scelte, più o meno buone, fatte dalle rispettive facoltà di appartenenza: per esempio, la delibera votata, con il mio voto contrario, dalla facoltà di scienze politiche dell'università «La Sapienza» di Roma di «federarsi» con le facoltà di Medicina e di Farmacia condiziona le decisioni di quanti vorrebbero instaurare rapporti con colleghi di facoltà culturalmente più vicine rispetto a quelle di medicina e farmacia.

## 7. Problemi di difficile soluzione e questioni ancora aperte

Problemi di difficile soluzione, ove dovesse mancare la consapevolezza delle novità previste dalla riforma, sono quelli riguardanti l'argomento dell'attribuzione dei compiti didattici ai docenti. La riforma didattica sostituisce alla rigidità dei corsi annuali o semestrali la piena flessibilità nella definizione dei *moduli* didattici (la previsione dei moduli è stata ritenuta importante in alcune delle risposte che ho

ricevuto in questi mesi dai colleghi<sup>15</sup>), in un sistema che attribuisce «peso» ad attività formative diverse dai vecchi insegnamenti ufficiali – un concetto, quello dell’insegnamento «ufficiale», che non esiste più<sup>16</sup> –: l’art. 11, comma 7, lett. b) del regolamento quadro prevede che i regolamenti didattici di ateneo disciplinino le procedure, per l’attribuzione, anno per anno, dei compiti didattici ai docenti, ed esplicitamente si riferisce ad «attività didattiche integrative, di orientamento e di tutorato», mentre alla lett. a) tratta delle esigenze di collegialità, con riferimento «agli obiettivi, ai tempi e ai modi con cui le competenti strutture didattiche provvedono collegialmente alla programmazione, al coordinamento e alla verifica dei risultati delle attività formative».

Non è difficile prevedere che l’effettiva applicazione di molte norme in tale materia rischia di riguardare solo i più disponibili: non sarebbe certo un’esperienza nuova. Ma è senz’altro opportuno che si diffonda la consapevolezza che l’attuazione della riforma didattica richiede da parte di tutti noi la capacità e l’impegno di rivedere il nostro modo di insegnare, di fare lezione e di lavorare insieme ad altri colleghi.

## 8. *L’insegnamento del diritto amministrativo nel nuovo ordinamento didattico*

In breve, considerando il carattere introduttivo al dibattito che giustamente è stato assegnato a questa mia relazione, vorrei ricordare alcuni temi che emergono nella valutazione delle scelte effettuate negli ultimi mesi dalle strutture didattiche delle università italiane con riferimento agli insegnamenti di diritto amministrativo.

Comincio con il considerare due affermazioni contenute nel ricordato articolo di Antonio Padoa Schioppa: 1. in Italia una gran parte di laureati in giurisprudenza non esercita attività giuridiche in senso proprio; 2. Il ciclo biennale deve mirare all’approfondimen-

---

<sup>15</sup> In particolare Marco Dugato mi ha scritto: «Credo che sarebbe opportuno tenere in conto il tema della divisione in moduli dei corsi, pensando ad articolazioni comuni, così da rendere possibili dialoghi e scambi».

<sup>16</sup> «Quanti se ne sono accorti?» si domanda G. LUZZATTO, 2001, cit., p. 176.

to delle tecniche necessarie per l'interpretazione e per la corretta applicazione delle norme; deve cioè addestrare gli studenti all'apprendimento delle abilità specifiche che si richiedono per l'esercizio delle professioni legali. Con riferimento a queste due affermazioni ritengo che proprio i professori di diritto amministrativo possano avere qualcosa da dire.

Premesso che soltanto una esigua minoranza degli studenti provenienti da giurisprudenza hanno svolto in passato e svolgeranno in futuro le c.d. professioni legali<sup>17</sup>, a me sembra che chi conosce l'importanza che nella società civile assume il problema della formazione e del reclutamento dei funzionari amministrativi, personale tributario di compiti fondamentali nel cui esercizio assume grande rilevanza il problema dell'interpretazione e dell'applicazione delle disposizioni normative, non possa condividere l'opinione che l'esercizio delle attività giuridiche in senso proprio sia compito esclusivamente affidato a coloro che esercitano le c.d. professioni legali; né può convenire nel ritenere che insegnare le tecniche di interpretazione e di corretta applicazione delle norme giuridiche debba essere compito spettante ai soli docenti dei bienni di specializzazione. Se quest'ultimo obiettivo dovesse essere raggiunto, significherebbe che soltanto gli studenti che frequenteranno il biennio avranno l'opportunità di apprendere tecniche – quelle necessarie per interpretare e per applicare correttamente le norme – che devono invece caratterizzare ogni insegnamento dei corsi giuridici.

Il problema dell'interpretazione e dell'applicazione delle norme a mio avviso deve essere oggetto di insegnamento e di apprendimento di tutte le discipline giuridiche insegnate nei corsi universitari di ogni facoltà.

Certo, per potere insegnare e apprendere le tecniche necessarie per l'interpretazione e per la corretta applicazione delle norme, è necessario che vi siano le condizioni, di numero degli studenti, di

---

<sup>17</sup> È una situazione che ben conosciamo e che in particolare si ha occasione di verificare in concreto se si ha l'esperienza della partecipazione ad una commissione per il reclutamento degli uditori giudiziari; in un concorso ai cui lavori ho partecipato negli anni 1996-'98 avevano presentato la domanda, per un concorso a 300 posti, 12.000 concorrenti: si sono presentati alle prove scritte in 6200 e gli ammessi agli orali sono stati 364, dei quali 60 vincitori dei due precedenti concorsi.

presenza di docenti e di loro collaboratori e di situazioni logistiche, idonee per svolgere un compito che non si può svolgere soltanto con ... la buona volontà. Ma le questioni, che, come si è già detto, assumono una primaria importanza, della qualità dei corsi di studio e dell'adeguatezza delle risorse – docenti, attrezzature, aule, assistenza didattica – disponibili nei singoli atenei sono diverse rispetto al problema degli obiettivi dei corsi di laurea e delle differenti finalità dei corsi biennali rispetto a quelli triennali.

Nel mio manuale pubblicato l'anno scorso ho scritto che la ricerca giuridica non è soltanto rappresentata da quella che si definisce l'attività di *ricerca scientifica*, ma si riferisce a quell'insieme di operazioni che deve porre in essere chiunque si trovi nella necessità di emanare, interpretare, valutare, applicare, riformare norme giuridiche. Tale compito spetta dunque allo studioso del diritto, al professore universitario di discipline giuridiche, all'avvocato, al giudice, ai funzionari amministrativi, ai componenti degli organi ai quali compete di legiferare, emettere cioè nuove norme giuridiche, e a ogni cittadino che, per esempio, faccia parte di un'assemblea di condominio, oppure partecipi – come studente, genitore, insegnante – a un'assemblea scolastica per decidere problemi di organizzazione e di programmazione di attività didattiche, o ancora si presenti a un concorso nel quale si richieda ai candidati una preparazione giuridica<sup>18</sup>.

Vorrei qui ribadire questa mia opinione, sottolineando l'importanza che assume, nel compito assegnato ai professori di diritto amministrativo, l'adozione di una metodologia di insegnamento capace di fare apprendere agli studenti le tecniche (di interpretazione e attuazione delle norme) che essi saranno chiamati ad applicare nell'esercizio delle loro funzioni all'interno delle amministrazioni pubbliche e private.

Questo tema si collega con una questione assai dibattuta nelle nostre materie e nei nostri incontri, che è quella di decidere se i temi del diritto processuale amministrativo debbano essere, come molti ritengono, oggetto di insegnamento/apprendimento nei soli bienni di specializzazione, considerando la difficoltà di un insegnamento

---

<sup>18</sup> S. LARICCIA, *Diritto amministrativo*, cit., p. 28.

comprensivo sia degli aspetti sostanziali che di quelli processuali della nostra materia. So di esprimere un'opinione che non trova molti consensi, considerando la tendenza a prevedere nelle sole lauree specialistiche delle facoltà di giurisprudenza l'insegnamento della giustizia amministrativa o del diritto processuale amministrativo, ma ritengo ugualmente di esporre la mia tesi a favore di un insegnamento che, nei corsi di laurea (dunque nel triennio), comprenda anche i principi generali del diritto processuale amministrativo: questa opinione è naturalmente collegata alla mia convinzione, più volte espressa in questo scritto, che occorre fare ogni sforzo per non «impoverire» gli insegnamenti compresi nelle «lauree» e che dunque l'insegnamento del diritto amministrativo nel triennio debba comprendere, come del resto è stato fatto in alcune sedi universitarie, anche gli aspetti istituzionali della giustizia amministrativa.

Molto certo dipenderà dai materiali didattici che usciranno nei prossimi anni: ma è questa una questione diversa, che nel convegno di Palermo sarà oggetto di due apposite relazioni, e su di essa dunque non mi soffermo.

## *9. Conclusioni*

Concludendo, voglio qui dichiarare la mia convinzione che, dopo il fallimento degli obiettivi della legge 19 novembre 1990, n. 341, che si proponeva di favorire l'autonomia didattica degli atenei e prevedeva un forte rinnovamento dell'offerta didattica, e la constatazione di quanto elevato sia stato in proposito il divario tra indicazioni legislative e prassi attuativa – un divario abissale, si è giustamente osservato –, l'occasione rappresentata dalla riforma didattica che sta per entrare in vigore con il prossimo anno accademico sia una preziosa opportunità per realizzare un sistema universitario coerente con le esigenze della società, che è mutata rispetto al passato, e con le aspirazioni di ognuno di trovare la sua strada e di giocare la sua carta, come si legge in un annuncio pubblicitario di una gloriosa università italiana nata 658 anni fa (l'università di Pisa). Sono certo necessari ulteriori interventi legislativi intesi a completare la riforma con nuove norme sullo stato giuridico dei docenti, con la riforma delle scuole secondarie da cui provengono gli studenti,

con la previsione di nuove forme di reclutamento, con l'aumento dei fondi per la didattica e la ricerca<sup>19</sup>, ma non credo convenga a nessuno continuare a riproporre dubbi e perplessità.

In questa prospettiva penso che l'analisi del lavoro svolto negli ultimi mesi dai tanti colleghi, giovani e meno giovani, che con un duro lavoro, assai spesso svolto con passione ed entusiasmo, hanno elaborato nelle loro università i nuovi ordinamenti didattici, induca ad essere ottimisti e ad esprimere una valutazione confortante sulle nuove prospettive ed opportunità offerte dalla riforma didattica in corso di attuazione e sul futuro del sistema universitario italiano.

---

<sup>19</sup> Non ritengo invece che costituisca un problema meritevole di ulteriori interventi legislativi quello del «valore legale» del titolo di studio universitario, questione ripetutamente sollevata nel dibattito sulla riforma, in quanto il valore legale di tali titoli consiste esclusivamente nell'essere requisito – previsto da apposita norma costituzionale – per l'ammissione all'esame di stato, ai fini dell'abilitazione all'esercizio delle professioni.

## *Il principio democratico nella Costituzione della Repubblica romana del 1849\**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Gli ideali costituzionali, repubblicani e democratici. - 3. L'assemblea costituente. - 4. Principi fondamentali e carattere democratico della costituzione romana del 1849. - 5. Diritti e doveri dei cittadini e organizzazione della repubblica romana. - 6. La carta costituzionale della repubblica romana: una costituzione democratica.

1. La valutazione del principio democratico affermato nella costituzione romana del 1849 non può prescindere dalla considerazione di quali fossero le condizioni ambientali nelle quali operarono coloro che approvarono la carta costituzionale: il significato che assume la proclamazione di tale principio nella carta costituzionale va infatti interpretato alla luce degli avvenimenti di quegli anni.

I fatti che precedettero e seguirono la proclamazione della Repubblica romana del 1849 e la costituzione che venne approvata nel breve periodo compreso tra il febbraio e il luglio di quell'anno, con un'attività costituente che si svolse in buona parte sotto l'infuriare dei combattimenti per la difesa di Roma assediata dai francesi, rappresentano un'esperienza di particolare importanza e originalità, che a mio avviso assume il significato di riferimento essenziale per comprendere alcuni fondamentali "passaggi" della storia costituzionale contemporanea e del processo di graduale affermazione degli ideali repubblicani e democratici nelle società del nostro tempo.

Il 15 novembre 1848, sulla scala del palazzo della cancelleria, ove avevano sede le camere legislative, veniva pugnalato a morte il conte Pellegrino Rossi<sup>1</sup>, ministro di Pio IX, il pontefice che, pochi giorni

---

\* In *Scritti in onore di Umberto Pototschnig*, 2, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 681 ss.

<sup>1</sup> PELLEGRINO ROSSI (Carrara, 3 luglio 1787 - Roma, 15 novembre 1848), giurista e politico. Professore di diritto penale a Bologna, fu commissario generale delle province occupate da G. Murat; nel 1815, alla restaurazione, andò in esilio in Svizzera e insegnò a Ginevra, quindi fu docente di economia politica e diritto costituzionale a Parigi. Tornato in Italia come ambasciatore di Francia a Roma (1845), divenne influente consigliere di

dopo, il 24 novembre, fugge da Roma e si rifugia a Gaeta. Questo tragico evento, come è stato più volte sottolineato dagli storici, non fu la causa determinante degli avvenimenti dei mesi successivi, in quanto la rivoluzione romana aveva già ricevuto in precedenza il suo impulso decisivo<sup>2</sup>; tuttavia, dal punto di vista storico, il delitto della cancelleria consacra la fine di un esperimento nel quale erano state riposte molte speranze per il futuro dell'Italia. «Il fallimento del tentativo costituzionale – ha osservato Vittorio Emanuele Giuntella – traeva le sue origini profonde [...] nell'essenza stessa del governo ecclesiastico, nel quale lo spirituale ed il temporale, intimamente connessi, rendevano estremamente difficile la salvaguardia delle opposte esigenze, in un regime a carattere rappresentativo»<sup>3</sup>.

Sono molte le opinioni espresse sulla preparazione dell'uccisione del Rossi e non si può escludere che in quei giorni da varie parti si meditasse di assassinarlo. «L'odio a Rossi – scriverà il Saffi – fu suscitato dalla sua politica, non solo dottrinarica e repressiva, ma antilibertista»; per comprendere l'ostilità che, col suo programma politico, Rossi si era attirato da ogni parte, possono ricordarsi le parole con le quali

---

Pio IX, tentando di restaurare l'autorità papale e nello stesso tempo di introdurre moderate riforme. Le lezioni di diritto costituzionale tenute nell'università di Parigi, nelle due sessioni 1835-1836 e 1836-1837, presso la cattedra di diritto costituzionale istituita il 22 agosto 1834, furono poi raccolte nel *Cours de droit constitutionnel*. Per una valutazione dell'opera di Pellegrino Rossi cfr. M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi del diritto costituzionale*, in *Arch. giur. "Filippo Serafini"*, CLXIV-CLXV, 1963, fasc. 1-2, 3-110, spec. 5-6, il quale sottolinea che il Rossi, sulla traccia indicata dal Guizot nella relazione che accompagna il decreto di istituzione della cattedra di diritto costituzionale, «ritiene che, pur non dovendosi trascurare l'ausilio dell'esegesi in quanto ci permette di seguire la legislazione positiva nelle sue minime parti, nei suoi intimi dettagli, bisogna concentrare gli sforzi d'indagine nell'approfondimento razionale dei principi che dominano la costituzione, approfondimento da non compiere però astrattamente ma in relazione alla loro evoluzione storica». L'orientamento metodologico dello studio di Pellegrino Rossi è esposto anche nel suo saggio *De l'étude du droit dans ses rapports avec la civilisation et l'état actuel de la science*, in *Annales de législation et de jurisprudence*, 1820, I, 2 ss. Su Pellegrino Rossi cfr. anche C. GHISALBERTI, *Pellegrino Rossi e il costituzionalismo della monarchia di luglio*, in *Id., Stato e Costituzione nel Risorgimento*, Milano, Giuffrè, 1972, 163-88.

<sup>2</sup> Cfr. in proposito V.E. GIUNTELLA, *Introduzione a La mostra storica della Repubblica romana. 1849*, a cura di F. FONZI e V.E. GIUNTELLA, Comitato nazionale per le onoranze a Giuseppe Mazzini, Roma, Tip. Cucigiani, 1949, 3.

<sup>3</sup> V.E. GIUNTELLA, *Introduzione*, cit., *ivi*.

Margaret Fuller, la celebre corrispondente del *New York Daily Tribune*, in una lettera alla madre, commenta la notizia dell'assassinio di Rossi: «Personalmente non avrei mai creduto di potermi rallegrare di una morte violenta; ma questa mi colpisce come atto di terribile giustizia»<sup>4</sup>.

D'altra parte, come ha notato Giorgio Candeloro, «la vastità del movimento popolare che seguì al 15 novembre dimostra che la rivoluzione nello Stato pontificio derivò da circostanze oggettive, che prima o poi avrebbero determinato una crisi risolutiva anche senza l'uccisione del ministro dell'interno»<sup>5</sup>.

Sulla politica di Pellegrino Rossi sono state proposte molte interpretazioni. In proposito può essere utile riportare il significativo giudizio che ne dava l'inviato di Venezia a Roma, Giambattista Castellani, in un dispaccio al suo governo del 30 settembre: «Il conte Rossi è convinto che la causa dell'italiana indipendenza è perduta senza riparo, e che è suprema necessità il ristabilimento dell'ordine in Italia, senza il quale si potrebbero perdere le stesse istituzioni liberali. Noi del resto sappiamo che cosa intendano per ordine i vecchi uomini di Stato. Sua cura principalissima sono le finanze e l'esercito, e spiega su questo punto una grande attività. Reso una volta forte e ricco lo Stato, non si potrà più temere una *mano di pazzi*, che in tal modo ei qualifica i liberali italiani. [...] È rispettato dai costituzionali, perché lo credono sapientissimo in questa forma di governo, e sperano che ponga un argine allo sviluppo dei principi democratici. Dai repubblicani invece è aborrito: ma questi, o sono in grande minoranza, o amano tenersi tranquilli. Egli poi sa blandirli, e guadagnarli coi mezzi che non sogliono fallire ... Riguardo alla dieta futura si trova in aperta opposizione coll'ab. Rosmini. Poiché questi vorrebbe che fosse composta di rappresentanti dei governi per un terzo e di rappresentanti del popolo per due, mentre Rossi non la vorrebbe composta che di ministri regi. [...] Convinto è il Rossi che l'elemento popolare od è impotente o rovinoso, e si deve quindi o trascurare o combattere»<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. H. MARRARO, *American opinion on the unification of Italy. 1846-1861*, New York, 1932, p. 51.

<sup>5</sup> G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna*, III. *La rivoluzione nazionale*, II ed., Milano, Feltrinelli, 1966, p. 324.

<sup>6</sup> *La Repubblica Veneta nel 1848-49. Documenti diplomatici*, vol. II, *Carteggio di G.B. Castellani*, a cura di M. CESSI DRUDI, Padova, 1954, p. 352.

Un ministero Rossi era parso a Pio IX «la sola àncora di salvezza», come dichiarò lo stesso pontefice all'ambasciatore francese D'Arcourt, proprio in quanto in passato Rossi aveva già espresso il proposito di «correggere e reprimere» ambo i partiti, il retrogrado e il democratico, contrari allo statuto: formula in cui si celebrava un programma di governo autoritario, avallato dalla dottrina costituzionale di cui il Rossi era celebrato cultore.

Pellegrino Rossi, giurista e politico, uomo colto e sapiente, che viene definito da Luigi Rodelli «uomo di casta ostile alla democrazia e dispregiatore della Repubblica»<sup>7</sup>, non si discostava in sostanza dal filone culturale secondo il quale alla scienza politica è assegnato il compito di insegnare al sovrano come esercitare il potere, in coerenza con la convinzione diffusa che la politica sia una tecnica, che si propone tra l'altro di definire il rapporto tra chi ha diritto di comandare perché conosce il mestiere e chi non ha altro dovere che quello di eseguire gli ordini. In questa prospettiva, ci si doveva occupare dei sudditi, anche se «amatissimi», come i sudditi venivano definiti a quell'epoca («sudditi amatissimi» era un'espressione assai usata da Pio IX) per mettere in guardia il sovrano contro la sfrenatezza del popolo e per suggerire il miglior modo di mettergli la briglia sul collo (Hobbes) e si designava con la parola «popolo» una parte specifica dei componenti di uno stato, «la parte che non sa quel che vuole»: il sapere ciò che si vuole «è il frutto di profonda conoscenza e intellesione, che appunto non son cose del popolo»: sono queste le parole di Hegel, nelle sue lezioni di filosofia del diritto all'università di Berlino, pubblicate nel 1821<sup>8</sup>.

Dalla lettura dei giornali romani dell'epoca – e i giornali, accanto ai circoli, furono tra il 1846 e il 1849 i massimi centri della propaganda politica in Roma<sup>9</sup> – risulta che nei mesi compresi tra l'aprile 1848 e il 15 novembre dello stesso anno, quando venne ucciso il conte Rossi, si verifica un'evoluzione in senso rivoluzionario della stampa, che appare sempre più dominata dagli elementi democratici facenti capo a Pietro

---

<sup>7</sup> L. RODELLI, *La Repubblica romana del 1849 con appendice di documenti*, Pisa, 1955, p.

<sup>8</sup> G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), § 301 (trad. it. di G. Marini, Roma-Bari, Laterza, 1987), cit. di N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, a cura di M. BOVERO, Torino, Einaudi, 1999, p. 344.

<sup>9</sup> Sull'opera dei circoli è di particolare interesse l'analisi di L. Rodelli, *op. cit.*, 109 ss.

Sterbini, il direttore del «Contemporaneo»: democratici sono in quel periodo quasi tutti i giornali romani, dal «Positivo» alla «Pallade», dal «Contemporaneo» al «Don Pirlone». Verso la fine del 1848 prevale la tendenza apertamente repubblicana, favorita dall'orientamento di un gruppo di entusiasti mazziniani: in particolare Filippo De Boni e Goffredo Mameli svolgono un'intensa attività giornalistica di propaganda degli ideali mazziniani, soprattutto attraverso «Il Tribuno»<sup>10</sup>.

Alcuni circoli, come il «circolo romano», ebbero origine aristocratica e carattere moderato, ma altri, come il «circolo popolare», ebbero origine e carattere apertamente liberale; essi erano nati in virtù di un diritto di associazione che – come nota il Gabussi – i romani s'erano «quasi conquistato, prendendo argomento dal celebrare le glorie del pontefice ed esaltare alcun di lui atto»; i circoli furono perfettamente consapevoli dell'importanza che avrebbe potuto avere la partecipazione popolare e democratica ad un procedimento che ben può dirsi presupponga la nozione di potere costituente<sup>11</sup>: in proposito è opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che a mettere in moto il meccanismo istituzionale che doveva dare inizio al rovesciamento del vecchio stato furono proprio le numerose petizioni inviate al parlamento.

«La rivoluzione romana – scriverà lo Sterbini – essendo stata veramente universale e popolare, essa non fu né iniziata né condotta da un sol uomo o da pochi uomini capi di un partito o di una congiura, ma nacque, progredì e giunse all'ultima conseguenza del movimento, alla proclamazione della repubblica, per un raziocinio istintivo delle moltitudini accompagnata da due passioni fortissime, odio contro il governo papale e amore di libertà»<sup>12</sup>.

Dopo l'uccisione di Pellegrino Rossi, la situazione precipita verso il suo naturale epilogo: il rovesciamento della monarchia, unica soluzione possibile dopo la fuga di Pio IX a Gaeta, il suo rifiuto di trattare con il governo democratico, la condanna della giunta di Stato<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. sul punto F. FONZI, *op. cit.*, p. 121.

<sup>11</sup> Cfr. sul punto L. RODELLI, *op. cit.*, p. 119.

<sup>12</sup> Inedito, STERBINI PIETRO, *Note storiche della Rivoluzione romana*, M.C.R., cit. da L. RODELLI, *op. cit.*, p. 110.

<sup>13</sup> Il 27 novembre il municipio di Roma poteva ancora proclamare: «La presenza del Sovrano, il suo nome e la sua autorità non sono lontane da noi», ma già all'indomani del 15 novembre, per le vie di Roma, tra le lodi al pugnalatore di Pellegrino Rossi, era

Dal fallimento dell'esperimento costituzionale di Pio IX nasceva la repubblica romana, primo nucleo, nel pensiero di Giuseppe Mazzini, dell'unità repubblicana nazionale<sup>14</sup>. Si avverava così la lucida previsione fatta dallo stesso Mazzini, il quale, in una lettera del 5 dicembre 1848 a Michele Accursi, aveva scritto: «Pio IX è fuggito: la fuga è un'abdicazione: principe elettivo, egli non lascia dietro di sé dinastia. Voi siete dunque di fatto repubblica, perché non esiste per voi dal popolo in fuori sorgente d'autorità»<sup>15</sup>.

Le elezioni si svolsero dal 21 al 29 gennaio, con la partecipazione al voto di circa 250.000 elettori, un'affluenza assai alta, considerando che nelle elezioni indette da Cavour il 27 gennaio 1861, che ebbero luogo nell'intero territorio nazionale, con l'eccezione del Veneto e del Lazio, i votanti risultarono appena 20.392<sup>16</sup>.

---

echeggiato il grido di «Viva la Costituente». «Assemblea costituente dello Stato» si leggeva in una petizione a stampa del circolo popolare nazionale: e il 12 gennaio 1849 il comitato dei circoli italiani invitava i romani ad una discussione sulla «Costituente italiana». Il problema della costituente italiana fu in effetti uno dei temi ricorrenti nella campagna elettorale, fissata per il 21 gennaio 1849, che fu caratterizzata dall'intensa attività dei circoli politici, sia a Roma che nelle province, con l'intervento di esponenti del movimento democratico di altre parti d'Italia. Cfr. M. FERRI, *Costituente e costituzione nella Repubblica Romana del 1849*, in *Dir. e società*, 1989, 1-52, spec. 2 ss.: questo scritto, di grande interesse, è il testo base di una conferenza-lezione tenuta dall'Autore il 16 febbraio 1989, su iniziativa dell'Archivio di Stato di Roma e della Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Roma «La Sapienza», in occasione del 140° anniversario della proclamazione della Repubblica romana. Dello stesso autore cfr. anche *L'idea di Stato nella Repubblica romana del 1849*, in *Il dibattito sull'unità dello Stato nel Risorgimento italiano*, Atti del convegno (Bergamo, 1-3 giugno 1990), Napoli, Istituto italiano per gli studi filosofici, 1990, 1-43.

<sup>14</sup> Sull'esperienza della Repubblica romana del 1849 cfr., tra gli altri, C. RUSCONI, *La Repubblica Romana del 1849*, Roma, Capaccini & Ripamonti, 1879, spec. 166-81; D. DEMARCO, *Pio IX e la rivoluzione romana del 1848. Saggio di storia economico-sociale*, Modena, Società Tipografica Modenese, 1947; F. FONZI e V.E. GIUNTELLA (a cura di), *La Mostra storica della Repubblica Romana. 1849*, cit.; V. FROSINI, *Costituzione e società civile*, Milano, Comunità, 1977, spec. 20-2; M. CARAVALE e A. CARACCIOLLO, *Lo Stato pontificio da Martino V e Pio X*, in *Storia d'Italia* diretta da G. GALASSO, XIV, Torino, Utet, 1978, spec. 659-66, cap. VIII: «Il tramonto dello Stato pontificio e lo sviluppo del movimento nazionale e liberale: da Gregorio XVI alla Repubblica romana».

<sup>15</sup> La lettera è riportata in *Mazzini*, Edizione nazionale degli Scritti editi e inediti, Torino, S. E. I., vol. XXXVII, 184-8.

<sup>16</sup> Sulla consultazione elettorale per l'assemblea dello Stato romano, la cui con-

Il 5 febbraio 1849 si adunava solennemente nel palazzo della Cancelleria l'assemblea costituente romana eletta a suffragio universale, o meglio, come è più giusto dire, a suffragio universale "maschile", visto che le donne, com'è noto, conquisteranno il diritto di voto solo molti anni più tardi<sup>17</sup>.

Quasi tutti i deputati appartenevano alla borghesia e politicamente erano dei "democratici": un notevole gruppo di essi era dichiaratamente repubblicano ed esprimeva fedeltà a Mazzini<sup>18</sup>.

Il decreto fondamentale di proclamazione della repubblica romana fu approvato, per appello nominale, in una seduta, aperta alle ore dodici dell'8 febbraio, e sciolta alle due del mattino del 9 seguente. Il tentativo compiuto dagli ecclesiastici di sollevare la popolazione nelle città e nelle campagne, con racconti di prodigi e di miracoli avversi alla repubblica, non riuscì «a compiere il miracolo di una restaurazione clericale a popolo», come scrive il Farini<sup>19</sup>.

Il decreto era composto dei seguenti quattro articoli:

---

vocazione venne definita da Pio IX, in un monitorio del 1° gennaio, «un nuovo e più mostruoso atto di smascherata fellonia e di vera ribellione», cfr. B. GATTA, *Le elezioni del 1849*, in *Archivio della società romana di storia patria*, 1949, 1-4, 26.

<sup>17</sup> Cfr. il resoconto di una dichiarazione rilasciata da Laura Balbo a proposito delle espressioni, talora imprecise, adottate nei libri di testo per le scuole, in *la Repubblica*, 29 gennaio 1999, 5: Laura Balbo osserva giustamente che è inesatto parlare di suffragio universale e non chiarire che, per un lungo periodo, si trattava in realtà di "suffragio universale maschile".

<sup>18</sup> Di questo gruppo facevano parte Aurelio Saffi, Sisto Vinciguerra, Felice Orsini. Tra gli eletti vi erano anche italiani di altri stati, come De Boni (friulano), Cernuschi (milanese), Saliceti (abruzzese), Garibaldi (nizzardo). I mazziniani perseguivano con determinazione l'intento di fare prevalere un chiaro programma e di adempiere il mandato che Mazzini aveva affidato loro: «Voi – aveva scritto Mazzini ad Aurelio Saffi – avete fatto già molto ottenendo la convocazione della Costituente Romana. Rimane ora da farsi il secondo passo, e il più importante: far uscire dalla Costituente la proclamazione della Repubblica». Sin dalla discussione svoltasi l'8 febbraio nell'aula della Cancelleria, nella quale emerse con chiarezza il contrasto fra l'esiguo numero dei sostenitori del regime monarchico costituzionale, tra i quali erano Terenzio Mamiani, Pasquale De Rossi e Rodolfo Audinot, e la maggioranza, favorevole alla repubblica, propugnata da Cesare Agostini, Giuseppe Gabussi, Carlo Luciano Bonaparte e, dopo qualche incertezza, da Pietro Sterbini, parve evidente che non vi era altra prospettiva possibile rispetto a quella della soluzione repubblicana.

<sup>19</sup> FARINI, III, p. 349, cit. da L. RODELLI, *op. cit.*, p. 149.

*Art. 1. Il Papato è decaduto di fatto e di diritto dal governo temporale dello Stato romano.*

*Art. 2. Il Pontefice romano avrà tutte le guarentigie necessarie per la indipendenza nell'esercizio della sua potestà spirituale.*

*Art. 3. La forma di governo dello Stato romano sarà la democrazia pura, e prenderà il glorioso nome di Repubblica Romana.*

*Art. 4. La Repubblica Romana avrà col resto d'Italia le relazioni che esige la nazionalità comune<sup>20</sup>.*

---

<sup>20</sup> Il testo di questo decreto merita di essere considerato per alcuni suoi specifici contenuti. Innanzi tutto è da ricordare che gli artt. 1 e 3 furono approvati nel testo proposto (l'art. 1 con soli 5 voti contrari, l'art. 3 con 22 voti contrari), mentre vi fu un vivace dibattito con riferimento alle altre due disposizioni, in particolare quella dell'art. 4, riguardante le relazioni con gli altri stati italiani. Ed infatti, con riferimento a quest'ultimo, venne respinta la proposta del Mamiani di prevedere la formula «L'Assemblea Nazionale dichiara che rimette alla Costituente italiana il decidere dell'ordinamento politico dello Stato romano», e che la medesima sorte toccò alle seguenti proposizioni dell'Audinot, presentate come emendamento della formula precedente: «1. L'Assemblea dichiara per sempre impossibile il Governo papale ed ogni altro Governo quando non riconosca la base e l'origine della propria autorità nel voto espresso dalla sovranità nazionale». - 2. «L'Assemblea convoca pel 1° marzo in Roma la Costituente italiana.» - 3. «L'Assemblea rimette alla Costituente italiana il definire la forma politica del Governo romano». - 4. «L'Assemblea dichiara che, se il 1° marzo la Costituente italiana non sarà riunita in Roma, l'Assemblea romana procederà sola a regolare il reggimento dello Stato romano». - 5. «L'Assemblea nomina un potere esecutivo che sarà suo braccio e con lei governerà lo Stato». - 6. «L'Assemblea romana, con apposito manifesto ai popoli italiani, convocherà la Costituente e farà conoscere ai medesimi tutti i motivi di incompatibilità sul potere sacerdotale, e la situazione attuale dello Stato romano».

È interessante ricordare che, con riferimento alle proposte dell'Audinot sopra riportate, prevalse l'opinione, efficacemente sostenuta in un intervento del Filopanti, il quale, premesso che, a suo avviso, il dibattito aveva fatto emergere un disaccordo sull'oggetto della votazione, dichiarò: «Io desidero dunque di analizzare che cosa vogliamo noi esprimere. Noi qui vogliamo esprimere che la Repubblica Romana debba avere la nazionalità col resto d'Italia? Questo è un oggetto. Oppure vogliamo esprimere qualche cosa sopra la Costituente italiana? Bisogna distinguere bene queste due cose. Io crederei che della Costituente italiana non ci sia luogo a parlare, ma ci sia molto luogo a parlare della nazionalità. Posto questo, facciamo astrazione di tutto quello ch'è Costituente, ed esprimiamo semplicemente il concetto della nazionalità. Dessa è quella che, al più al più, importerebbe di esprimere in questo luogo; quanto a ciò teniamoci stretti a termini più generali che sia possibile [...] Non vogliamo parlare della Costituente, perché non sappiamo quello che si farà o quello che non si farà; noi vogliamo proclamare la nazionalità; che l'Italia sarà sempre nazione e che la Repubblica romana sarà sempre un elemento integrante di questa Nazione».

Non venne invece approvato un articolo del progetto Filopanti, il quarto, nel quale si stabiliva: «Gli sforzi della Repubblica romana saranno in modo tutto speciale diretti al miglioramento morale e materiale delle condizioni di tutte le classi della società» («Farei un aggiunta – aveva dichiarato un deputato – e specialmente del povero popolo»<sup>21</sup>). «Io credo – disse il Filopanti – che oggi una Repubblica non possa sussistere se non con l'appoggio del popolo. Ora se vogliamo il possente appoggio del popolo, fa d'uopo che egli sappia che la Repubblica si occuperà in special modo del suo benessere. Non vi spaventi la moderata tendenza sociale dell'articolo quarto; sembrami che, concepito com'è, porti seco i vantaggi di una Repubblica democratica e sociale, senza averne gli inconvenienti, poiché non vuol già porre in istato di rivalità le classi più ricche colle classi laboriose, ma curarne tutti i vantaggi tutte ad un tempo, ciò che è della sana politica e della giustizia insieme»<sup>22</sup>. La proposta del Filopanti non venne però accolta perché prevalse l'opinione, sostenuta tra gli altri dall'Agostini, da Carlo Bonaparte e dall'Audinot, che, trattandosi di costituire una repubblica democratica, si intendesse implicitamente «provvedere ad ogni classe del popolo»: «È una ingiuria che si fa alla repubblica democratica» disse un deputato a proposito della proposta dell'articolo<sup>23</sup>.

Il decreto che stabiliva il regime democratico per la forma di governo dello stato romano contiene un'espressione, quella di “democrazia pura”, frequentemente usata nel dibattito settecentesco “degli antichi e

---

L'intento dichiarato dal Filopanti e poi condiviso dalla maggioranza assume grande importanza, perché rivela la determinazione nel perseguire l'obiettivo di non subordinare le decisioni riguardanti il futuro dello Stato romano a orientamenti e delibere estranee alla volontà dell'assemblea; ed è per lo stesso motivo, probabilmente, che, nell'art. 2, venne approvata la formula «Il Pontefice romano avrà tutte le guarentigie necessarie per la indipendenza nell'esercizio della sua potestà spirituale», anziché quella, in un primo tempo proposta dal Filopanti, «Saranno date al Sommo Pontefice, anche di concerto colle altre Potenze cattoliche, tutte le più convenevoli, sicure e stabili guarentigie pel pieno, libero e indipendente esercizio della sua potestà spirituale»: lo stesso Filopanti aderì infatti all'opinione espressa dall'Armellini, il quale aveva osservato che non era opportuno subordinare alla volontà degli altri governi la costituzione della repubblica.

<sup>21</sup> *Ass. Roma*, III, p. 93.

<sup>22</sup> *Ass. Roma*, III, pp. 93-94.

<sup>23</sup> *Ass. Roma*, III, p. 94.

dei moderni” per designare la forma di governo repubblicana romana (e greca), in opposizione alle forme di governo “miste”<sup>24</sup>.

Proclamata la repubblica, l’assemblea delibera di governare per mezzo di un comitato esecutivo, composto da Carlo Armellini, Mattia Montecchi e Aurelio Saliceti, affiancato nei vari dicasteri da Muzzarelli, Sterbini, Campello, Saffi, Rusconi, Guiccioli, Lazzarini<sup>25</sup>. Questi, insieme ai ministri, si dichiarano decisi ad estirpare «ogni reliquia del clericale sistema», a svincolare l’istruzione «dalle clericali influenze», a unificare e semplificare i codici, a provvedere alla elevazione del popolo.

«La beneficenza – essi dichiarano – si convertirà in dovere e la carità in istituzioni, e abiurando tutti i privilegi e onorando solo il merito personale, noi faremo fare un gran passo al nostro paese verso quei destini da cui lo tennero fin qui diviso le sbarre della superstizione e dell’ignoranza».

Ha così inizio un’intensa attività volta al rinnovamento radicale dello stato romano, alla sua laicizzazione e democratizzazione non solo politica ma anche sociale, perché, come si diceva, «quella libertà che non migliora e non solleva le classi numerose è libertà bastarda» e perché «ogni repubblica non può sussistere se non ha l’appoggio del popolo». Ogni sforzo è volto quindi ad instaurare le libertà politiche e civili, a distruggere ogni potere del clero, a favorire una borghesia

---

<sup>24</sup> J. N. DEMEUNIER, nella voce «Démocratie» della *Encyclopédie méthodique*, sezione “Economie politique” da lui curata (4 voll., Paris, 1784-88), definisce “purement démocratique” il governo ove il popolo è “maitre absolu des affaires”, e contrappone la “démocratie pure” o “pure et simple”, “en général fort dangereuse”, alla democrazia senza aggettivi ma temperata dall’inserimento di istituzioni aristocratiche e ponendo una sorta di equazione tra democrazia “buona” e sistema rappresentativo, attraverso la mediazione di una “aristocratie électorale”: cfr., in proposito L. GUERCI, *Libertà degli antichi e libertà dei moderni*, Napoli, 1979, 244 ss.: v. anche *ivi*, p. 154, la citazione di S. N. H. LINGUET, *Theorie des Loix civiles*, 2 voll., Londres, 1767, vol. II, p. 189, ove si definiscono invece elogiativamente “pure démocratie” i governi repubblicani di Atene e Roma, negandosi la qualità di governo repubblicano ai governi aristocratici. Riprendo le citazioni che precedono da G. LOBRANO, *Premessa* al volume di AA.VV., *Garibaldi. Esperienza americana e repubblica romana*, Sassari, ASSLA (Associazione di studi sociali latino-americani), 1989, pp. V-VIII, spec. p. VII.

<sup>25</sup> Sulle decisioni del comitato esecutivo, cfr. E. MORELLI, *I verbali del Comitato esecutivo della Repubblica romana*, in *Archivio della Società romana di storia patria*, 1949, pp. 29-96.

desiderosa di impieghi e un proletariato in cerca di casa e di lavoro.

Il 21 febbraio l'assemblea approva un decreto secondo il quale «tutti i beni ecclesiastici dello Stato romano sono dichiarati proprietà della Repubblica»; il 25 abolisce la giurisdizione dei vescovi sulle università e sulle altre scuole della repubblica e impone un prestito forzoso che colpisce gravemente le classi più ricche; il 28 sopprime il tribunale del sant'ufficio; il 3 marzo viene abolito ogni privilegio giurisdizionale del clero ai vari livelli e il 5 dello stesso mese viene soppressa la censura preventiva sulla stampa.

Anche se l'applicazione concreta di molte norme ed istituti riguardanti alcune delle più classiche guarentigie liberali, l'indipendenza dell'ordine giudiziario, un sistema articolato di organi di controllo risultò condizionata alla esistenza di funzionari leali al nuovo governo e molte delle riforme avviate in materie di politica interna, economica e amministrativa furono destinate a rimanere sulla carta, può condividersi il giudizio di chi ha qualificato la repubblica romana come una repubblica a carattere sociale<sup>26</sup>, purché, naturalmente, a tale qualifica non si voglia attribuire significati e accentuazioni troppo moderne<sup>27</sup>.

L'intervento armato delle potenze cattoliche venne a turbare queste attività<sup>28</sup>. La gravità della situazione determinata dalla minaccia di intervento degli stati stranieri, impegnati nell'attuare una decisa reazione, indusse a istituire un organo esecutivo dotato di più larghi poteri: fu creato a tal fine un triumvirato, costituito il 29 marzo, del quale furono chiamati a far parte Giuseppe Mazzini, Aurelio Saffi e Carlo Armellini<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> D. DEMARCO, *Una rivoluzione sociale. La Repubblica romana del 1849*, Napoli, 1944.

<sup>27</sup> Come notano giustamente M. CARVALE, A. CARACCILO, *op. cit.*, p. 664.

<sup>28</sup> Già al suo apparire la giovane repubblica aveva destato in tutta Europa apprensioni, sospetti e ostilità di origine politica, sociale e religiosa. La repubblica romana aveva osato affermare, nel momento in cui la rivoluzione europea dell'anno precedente si andava spegnendo, il programma massimo di quella rivoluzione, dichiarandosi per l'indipendenza e l'unità delle nazioni, la democrazia politica e sociale.

<sup>29</sup> Mazzini fu eletto con 132 voti, Saffi con 125, Armellini con 93. Mazzini, al quale era stata conferita la cittadinanza il 12 febbraio 1849, fu eletto deputato il 24 febbraio e fece il suo primo ingresso in assemblea il 6 marzo: il 10 marzo pronunciò un importante discorso politico, nel quale ebbe occasione di enunciare alcune delle sue concezioni, come l'opposizione per i partiti nella costituente, l'unità del potere nel governo re-

Il triumvirato esercitò una cura suprema nella difesa della repubblica e nell'assunzione di provvedimenti di carattere sociale: riapertura di cantieri di lavoro, alloggi ai poveri, decisione di requisire a favore di famiglie bisognose i locali ove aveva sede il Sant'Uffizio, diminuzione del prezzo del sale, concessione in enfiteusi perpetua a famiglie povere delle terre già appartenenti alle corporazioni religiose, rispondente quest'ultimo provvedimento al progetto democratico di moltiplicare i soggetti economicamente autonomi e proprietari<sup>30</sup>.

Anche durante l'assedio, l'assemblea costituente, che sin dall'inizio dei suoi lavori, come risulta da molte dichiarazioni espresse nei dibattiti di quel periodo<sup>31</sup>, era ben consapevole che il suo dovere primario era quello di preparare una legge fondamentale della repubblica, proseguì con impegno straordinario l'opera per la quale era stata eletta: l'elaborazione della carta costituzionale dello stato romano<sup>32</sup>.

La costituzione, approvata unanimemente dall'assemblea in data 1° luglio 1849, che naturalmente si ricollegava al decreto fondamentale di decadenza del papato e di scelta della repubblica, veniva promulgata il 3 luglio dalla loggia del Campidoglio<sup>33</sup>. Il giorno successivo, un

---

pubblicano, «la più severa rigidità in fatto di principi, ma una grande tolleranza per gli individui»; il rapporto dell'assemblea con il governo: v. sul punto M. FERRI, *Costituente e costituzione*, cit., 11.

<sup>30</sup> Cfr. su tali provvedimenti M. CARAVALE, A. CARACCIOLLO, *op. cit.*, p. 664.

<sup>31</sup> L'assemblea non seguì l'orientamento espresso in proposito da Giuseppe Mazzini, il quale rivelò un relativo disinteresse per l'approvazione di una costituzione romana, come risulta da un importante discorso politico del 18 marzo 1849, nel quale Mazzini osservò che non si doveva fare una costituzione romana e che, non potendo farsi una costituzione italiana, la commissione incaricata dall'assemblea avrebbe dovuto limitare il proprio compito alla preparazione di una "dichiarazione di principi".

<sup>32</sup> I verbali delle riunioni della costituente romana sono pubblicati nei volumi VIII e IX delle *Assemblee del Risorgimento*. Quelli del Comitato esecutivo furono in parte pubblicati da A. ALIBERTI, *Mazzini e il Comitato esecutivo della Repubblica romana del 1849*, in *Nuova Antologia*, 1943, fasc. 1722.

<sup>33</sup> La vita e il carattere dell'assemblea costituente sono stati studiati in particolare da M. COSSU, *L'Assemblea Costituente romana del 1849*, Roma, 1923, ma interessanti indicazioni si trovano in molti degli scritti ricordati *retro*, nt. n. 4. Con riferimento alla carta repubblicana del 1849, cfr. G. GARAVANI, *La Costituzione della Repubblica romana nel 1748 e nel 1849*, Fermo, 1910; B. GATTA, *La Costituzione della Repubblica Romana del 1849*, Firenze, Sansoni, 1947; N. CORTESE, *Costituenti e costituzioni italiane del 1848-49*, II, Napoli, Libreria Scientifica Editrice, 1951, spec. 232-66, ove vengono integralmente

reparto armato francese invadeva l'aula della costituente e ne scacciava i deputati, sciogliendo con la forza l'assemblea costituente: un proclama del generale Oudinot annunciava che provvisoriamente tutti i poteri erano concentrati nelle mani dell'autorità militare e nominava il generale Rostolan governatore di Roma.

Il fallimento dell'esperienza costituzionale della repubblica romana del 1849 determinato dall'intervento armato influì in modo assai pesante sulla vita sociale della Roma di quell'epoca. Basterà, per provarlo, questa visione di Roma, dopo la caduta della repubblica, che si legge nei *Ricordi storici e pittorici d'Italia* di Ferdinando Gregorovius, che restano una delle descrizioni più belle ed efficaci dell'Italia a metà del secolo: «... Roma – scriveva il grande storico tedesco di Roma medievale – è diventata ancora più silenziosa di quanto non fosse in passato. Ogni allegria, ogni vivacità del popolo sono scomparse; le classi agiate si tengono nascoste, non fanno parlare di sé, le classi povere sono più misere, più oppresse di prima. Le feste popolari diventano di giorno in giorno più rare, il carnevale va decadendo; le feste stesse di ottobre, una volta così allegre, e che chiamavano la folla fuori le porte ad allietarsi col bicchiere e col saltarello, sono quasi scomparse. Roma è una grande rovina della civiltà, dove non si vedono che processioni di preti e frati, dove non si sente che il suono delle campane o musica di chiesa. Tutta la vita pare essersi concentrata nei curiali, nei cardinali, nei monaci, nei preti. Il popolo si è ridotto alla condizione di semplice spettatore. Desso non lavora, non traffica, sta contemplando [...]»<sup>34</sup>.

---

riportati il rapporto del relatore deputato Agostini sul primo progetto, il rapporto del relatore deputato Saliceti sul secondo progetto di costituzione redatto dalla commissione mista, il testo del primo progetto e il testo definitivamente approvato il 1° luglio 1849; L. LUPI, *La Costituzione romana del '49. Note di filosofia politica*, Mazara, Società editrice siciliana, 1952; L. RODELLI, *La Repubblica Romana del 1849*, con appendice di documenti, Pisa, Domus Mazziniana, 1955; A. AQUARONE, M. D'ADDIO, G. NEGRI (a cura di), *Le Costituzioni italiane*, Milano, Comunità, 1958, spec. 609-20; C. SELVAGGI, *La Costituzione della Repubblica romana*, in *Studi in occasione del centenario di Roma capitale*, Milano, 1970, 37-94; M. FERRI, *Costituente e Costituzione*, cit.; D. NOCILLA, *Sovranità popolare e rappresentanza negli interventi di Aurelio Saliceti alla Costituente Romana del 1849*, in *Rass. stor. del Risorgimento*, 1989, 243; S. FURLANI, *La Costituzione della Repubblica Romana del 1849: note di natura tipologica*, in *Il pensiero mazziniano*, 1990, n. 3, 62-82.

<sup>34</sup> *Ricordi storici e pittorici d'Italia per Ferdinando Gregorovius*, trad. dal tedesco di A. Di COSSILLA, vol. II, Milano, F. Manini, 1865, 155.

2. Costituente, Costituzione, repubblica, democrazia: parole alle quali corrispondevano obiettivi da raggiungere ad ogni costo, anche a costo di sacrificare la vita, se fosse stato necessario; parole pronunciate da uomini che riponevano la massima fiducia nell'idea che una profonda passione politica può essere capace di ottenere ogni risultato e di superare ogni ostacolo. E furono molti coloro che persero la vita per la realizzazione dei loro ideali! Luciano Manara così scriveva alla vigilia della morte: «Noi dobbiamo morire per chiudere con serietà il Quarantotto». Deve in effetti ritenersi che proprio sul Gianicolo, in quelle poche centinaia di metri che corrono tra i bastioni della porta San Pancrazio e la villa Corsini, si è veramente chiuso il Quarantotto e si è avuto «l'epilogo di tutto quel complesso movimento di idee e di sentimenti, di ingenui entusiasmi e di eroici sacrifici, di sogni generosi e di fantasiose chimere che caratterizza il nostro primo Risorgimento»<sup>35</sup>.

Gli ideali costituzionali, repubblicani e democratici erano considerati in un rapporto inscindibile tra loro. E appare certo giustificata qualche amara considerazione nel constatare quali siano oggi i temi del dibattito politico e giuridico riguardanti l'*assemblea costituente*, invocata da una parte dell'attuale classe politica senza che sussistano i presupposti che si ritengono necessari per l'esercizio del potere costituente; la *costituzione*, a proposito della quale giustamente si parla oggi di "costituzione tradita"; la *repubblica*, in un periodo nel quale ci «si appresta ad affrontare il nuovo millennio passando dalla prima alla terza repubblica, senza però aver mai conosciuto la seconda»<sup>36</sup>; la *democrazia*, rispetto alla quale le speranze di rendere effettivi i diritti di ogni cittadino e di realizzare gli ideali democratici negli ordinamenti contemporanei, sembra debbano ormai riporsi, secondo un'opinione sempre più spesso sostenuta, nelle risorse della c.d. bu-

---

<sup>35</sup> Sono queste le commosse espressioni di V.E. GIUNTELLA, *op. cit.*, p. 73, il quale aggiunge: «Si chiudeva un'epoca, se ne annunciava un'altra caratterizzata dal tramonto di ogni progetto di federazione di principi e dall'accentuarsi del carattere universalistico del Pontificato romano, il cui principale temporale, restaurato e protetto dai Francesi, perdeva ogni influenza determinante sulle cose d'Italia».

<sup>36</sup> M. AINIS, *Se 50.000 leggi vi sembrano poche*, Milano, Mondadori, 1999, p. 2 di copertina.

rocrazia elettronica<sup>37</sup> e nella capacità dei governanti di determinare un aumento del numero di “navigatori” in internet.

Dalle discussioni in assemblea per la preparazione della costituzione del 1849 emerse con chiarezza l'intento di far nascere una repubblica democratica aperta alla totalità dei cittadini. Le soluzioni adottate su tutte le questioni essenziali, dai rapporti con la religione e la chiesa cattolica alle prerogative del potere giudiziario e all'eguaglianza dei municipi, dimostrano che esse vennero a collocarsi «sulla linea del più avanzato repubblicanesimo francese, con forti influssi di mazzinanesimo»<sup>38</sup>.

Gli stessi principali protagonisti dell'esperienza dell'assemblea costituente del 1849 furono pienamente consapevoli che la repubblica romana e la sua costituzione, nata nel momento stesso in cui la repubblica moriva sotto il fuoco delle armi francesi, costituivano l'esperimento più avanzato di democrazia fra tutti quelli prodotti nel corso del risorgimento italiano. Così il Saliceti affermò: «io credo difficile trovare una democrazia pura, e credo forse che l'attuale Repubblica romana sia stata quella che ne abbia offerto il primo esempio»<sup>39</sup>. Giudizio condiviso dallo storico Giorgio Candeloro, il quale ha osservato che «La Repubblica romana rappresentò la punta più avanzata della rivoluzione quarantottesca in Italia anche per la Costituzione che l'Assemblea romana volle proclamare solennemente [...] per lasciare all'Italia una testimonianza del proprio ideale democratico», «una Costituzione [...] che fu [...] la più avanzata in senso democratico di tutte le costituzioni italiane del Risorgimento»<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr. sul punto l'ultimo fascicolo di *Telèma. Attualità e futuro della società multimediale*, V (1999), n. 19, dedicato al tema *Burocrazia elettronica e società più civile*.

<sup>38</sup> M. CARAVALE e A. CARACCILO, *op. cit.*, in *Storia d'Italia* diretta da G. Galasso, cap. VII, «Il tramonto dello Stato pontificio e lo sviluppo del movimento nazionale e liberale: da Gregorio XVI alla Repubblica romana», XIV, Torino, Utet, 1978, spec. pp. 659-66.

<sup>39</sup> Intervento riportato in *Le Assemblee del Risorgimento*, IV, Roma, 1911, p. 908.

<sup>40</sup> G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna*, cit., p. 456. V. anche G. MELONI, *Modello istituzionale romano e Repubblica romana del 1849*, in *Quaderni di Sandalion*, VI, 1990 e in AA.VV., *Garibaldi. Esperienza americana e Repubblica romana*, cit., pp. 185-210; P. CATALANO, *A proposito del modello istituzionale democratico. Il problema del «Tribunato» nei lavori dell'Assemblea costituente della Repubblica Romana*, ivi, pp. 211-26. Sul problema del tribunato, v. anche ID., *Tribunato e resistenza*, Torino, Paravia, 1970.

3. Per giudicare l'importanza della novità di una costituzione democratica votata in una assemblea costituente, è da ricordare che tutti gli statuti italiani dello stesso periodo furono "concessi" dai rispettivi sovrani, con la sola eccezione della costituzione siciliana del 10 luglio '48, che tuttavia fu approvata da un parlamento eletto a suffragio ristretto e si limitò ad apportare modifiche alla precedente costituzione del 1812. La costituzione romana fu approvata da un'assemblea eletta con una ampiezza di suffragio che in seguito si realizzerà in Italia soltanto nel 1919.

Il lavoro dell'assemblea costituente si svolse dal febbraio al luglio dell'anno 1849 e la carta costituzionale approvata a conclusione dei lavori assembleari costituì il risultato di un dibattito che, a proposito della previsione della forma democratica, fu vivissimo e di particolare approfondimento: un dibattito che assume tuttora grande interesse, se si considerano le difficili condizioni ambientali nelle quali esso potette svolgersi, nel costante timore di un intervento armato inteso a interrompere il proseguimento dei lavori. Come risulta da quanto osservato soprattutto dall'Agostini, nella presentazione del primo progetto all'assemblea, i costituenti procedettero con spirito di particolare originalità nei confronti dei testi costituzionali approvati in precedenza. Del resto, come giustamente ha ricordato Mauro Ferri, l'assemblea costituente della repubblica romana non potette trovare alcuna concreta ispirazione né dallo statuto elargito da Pio IX il 14 marzo 1848, che venne travolto dal fallimento del papato costituzionale, né dagli statuti di Carlo Alberto del 4 marzo 1848 (n. 674), né dagli statuti di Toscana o di Ferdinando II<sup>41</sup>.

4. Per quanto riguarda i principi fondamentali della costituzione, va innanzi tutto ricordato che in tali principi vi sono alcune enunciazioni che assumono una grande importanza sotto il profilo della comparazione non soltanto con i principi fondamentali della vigente costituzione italiana, ma anche che con altri testi costituzionali del passato e del presente.

Il primo paragrafo – «La sovranità è per diritto eterno nel Popolo.

---

<sup>41</sup> V. sul punto M. FERRI, *Costituente e costituzione della Repubblica romana del 1849*, in *Diritto e società*, 1989, 1, pp. 1-52, spec. p. 16 e in AA.VV., *Garibaldi. Esperienza americana e repubblica romana*, cit., pp. 131-52.

Il Popolo dello Stato romano è costituito in repubblica democratica» – afferma il principio della sovranità popolare ed enuncia il carattere democratico della repubblica romana<sup>42</sup>.

La costituzione della repubblica italiana del 1° gennaio 1948 prevede, com'è noto, all'art. 1, che «L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro» e che «La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione». È evidente l'importanza della novità rappresentata dall'affermazione dei costituenti dell'Italia repubblicana che la repubblica italiana è fondata sul lavoro (art. 1, comma 1), ed è di grande rilievo la regola della "appartenenza" della sovranità al popolo (art. 1, comma 2), ma, pur considerando tali elementi di assai rilevante differenziazione, vi è una forte corrispondenza fra i due testi costituzionali del 1849 e del 1948 nell'affermazione del carattere popolare della sovranità e del carattere democratico delle due repubbliche, quella romana e quella italiana.

Il Saliceti, che fu incaricato di presentare all'assemblea le varianti del progetto rispetto al primo testo ad essa presentato dall'Agostini, nei confronti di coloro che avrebbero voluto eliminare la seconda parte dell'articolo, perché se n'era dato l'equivalente nel titolo dell'atto – «Costituzione della Repubblica romana» – e perché nel termine Repubblica era naturalmente compreso il concetto di democrazia, replicò osservando giustamente che non basta accennare a governo repubblicano per esprimere un governo popolare. Ed infatti, osservò il Saliceti, «Repubblica altro non significa che la cosa pubblica; quindi repubblica è sinonimo di governo e sinonimo di Stato. Ma ancorché sotto il nome di Repubblica si volesse intendere il governo dei più, il dire semplicemente repubblica non indica se sia aristocratica o democratica; quindi la giunta "democratica" era giunta indispensabile [...] e dire Repubblica democratica pura significa il dire repubblica dove non è frammisto alcun elemento aristocratico, alcun elemento monarchico».

Queste considerazioni, che vennero condivise dall'assemblea, assumono grande rilievo perché rivelano la consapevolezza che i costituenti della repubblica romana avevano dell'importanza di ritenere

---

<sup>42</sup> La disposizione venne approvata con due votazioni separate, dopo un dibattito assai ampio e articolato.

collegati i due principi, quello repubblicano e quello democratico: la norma costituzionale che afferma il carattere repubblicano e democratico dello stato romano non potrebbe essere valutata in tutto il suo significato se non venisse inquadrata in quel complesso di principi che formano il diritto comune degli stati democratici contemporanei. In tali ordinamenti, nei quali il principio repubblicano ha sostituito il principio monarchico del tutto prevalente in epoche anteriori, il principio repubblicano si ricollega alla sovranità popolare e concepisce lo stato-organizzazione come un complesso di strumenti subordinati alla volontà del popolo, nei limiti stabiliti dalla costituzione e dalle leggi. Il principio monarchico trovava invece giustificazione o in argomenti di carattere teologico o anche nel legittimismo, che faceva riferimento alla continuità nel tempo del potere regio<sup>43</sup>.

In questo senso le scelte che, a proposito della forma di stato, si sono fatte in Italia negli anni successivi alla fine della seconda guerra mondiale, e in particolare la consultazione popolare a favore della forma repubblicana, il 2 giugno 1946, e l'affermazione del carattere democratico del nostro ordinamento costituzionale, nella costituzione del 1° gennaio 1948, si pongono in una linea di evidente continuità con le soluzioni accolte nella repubblica romana del 1849. Come infatti confermano le vicende politiche del referendum istituzionale del giugno 1946, la scelta della forma repubblicana dello stato italiano significò in realtà la scelta della "democrazia"<sup>44</sup>. La disposizione intesa a collegare i due caratteri, repubblicano e democratico, dell'ordinamento, approvata con ammirevole lungimiranza dai costituenti della repubblica romana, si rivela ancora più importante se si considera il principio, contenuto nell'art. 139 della costituzione oggi vigente, che, seguendo l'esempio francese della IV repubblica, sottrae la «forma repubblicana» alla revisione costituzionale. Il dibattito che in questi anni ha riguardato questa importante disposizione costituzionale dimostra che qui non si tratta soltanto di impedire la sostituzione del re, come capo dello stato, al presidente della repubblica, giacché l'immodificabilità dell'art. 139 significa qualcosa di più, e cioè irre-

---

<sup>43</sup> Sul "principio repubblicano" cfr. di recente L. ELIA, *Commento agli artt. 83-91 cost.*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Stato della Costituzione. Oltre la bicamerale, le riforme possibili*, Milano, il Saggiatore, 1998, pp. 330-1.

<sup>44</sup> V. sul punto L. ELIA, *Commento*, cit.

versibilità anche del principio democratico espresso dall'art. 1 della costituzione<sup>45</sup>.

Sono note le difficoltà che pone lo studio della nozione di *sovranità popolare* e dello stesso concetto di *popolo* e non è questa la sede per affrontare i molti e complessi aspetti di tale questione. Se si volge lo sguardo al passato, ma l'osservazione potrebbe riguardare anche la situazione del momento attuale, in una sintesi resa necessaria dai limiti di questo scritto, può notarsi che, a proposito della sovranità, tutti gli scrittori politici che hanno considerato tale problema nel corso dei secoli hanno osservato il fenomeno del potere più dal punto di vista dei *governanti* che dei *governati*: a cominciare da Platone e passando poi per Aristotele, Cicerone, gli scrittori medioevali, per giungere fino a Machiavelli, Bodin, Hobbes, i teorici della ragion di stato, e lo stesso Hegel, gli studiosi si sono impegnati per analizzare essenzialmente «i diritti e i doveri dei governanti, la natura e la distribuzione delle diverse cariche dello stato, la stabilità o instabilità dei governi, e i diversi modi di assicurare la prima o di evitare la seconda»<sup>46</sup>; quasi mai alla trattazione dei diritti e dei doveri dei sovrani corrispondeva una corrispondente trattazione dei diritti e dei doveri degli individui; lo dimostra in modo significativo la constatazione che il problema dei limiti del potere sovrano «veniva esaminato non tanto rispetto agli altri eventuali diritti dei singoli individui quanto rispetto agli altri poteri sovrani come sono quelli degli altri stati o, nella lunga controversia medioevale sulle due Potestà, della Chiesa come istituzione anch'essa dotata di sovranità»<sup>47</sup>.

Certo ogni istituto rappresentativo necessariamente implica e presuppone, anche se in una sfera più o meno limitata, il principio democratico, ma mentre in molti ordinamenti dell'ottocento, per esempio in quello dello statuto albertino, tale principio non era se non una delle componenti della formula politica adottata costituzionalmente, nella costituzione romana del 1849, come del resto nella vigente costituzio-

---

<sup>45</sup> Sull'art. 139 Cost., cfr. A. REPOSO, *La forma repubblicana secondo l'art. 139 della Costituzione*, Padova, Cedam, 1972; G. VOLPE, *L'immutabilità della forma repubblicana: un contributo al dibattito sulla riforma delle istituzioni*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, III, Milano, Giuffrè, 1984, 256 ss.

<sup>46</sup> N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, cit., p. 343.

<sup>47</sup> N. BOBBIO, *op. ult. cit.*

ne italiana, esso è il principio *esclusivo* di organizzazione dello stato.

Ma l'aspetto di essenziale e decisiva differenza tra l'ordinamento repubblicano del 1849 e l'ordinamento monarchico piemontese del 1848 è costituito dal principio della sovranità popolare, che può ritenersi estraneo allo statuto albertino, mentre era invece presente e fondamentale nella costituzione del 1849.

Negli anni seguenti l'entrata in vigore dello statuto di Carlo Alberto, vi sarà, nelle valutazioni della dottrina, qualche timida affermazione del principio di sovranità popolare nell'ordinamento statutario. Così specialmente il Palma, nel suo *Corso di diritto costituzionale* del 1883, con riferimento alla formula «per grazia di Dio e per la volontà della nazione» adottata dalla legge del 17 marzo 1861, per l'Unità d'Italia, affermerà che la sovranità appartiene in Italia alla nazione italiana, aggiungendo però subito «... non inorganicamente come una moltitudine risolta nei suoi atomi ma ordinata a Stato, ossia a monarchia rappresentativa secondo lo Statuto e gli organi rappresentativi da esso costituiti»<sup>48</sup>. Lo stesso Palma comunque, in conformità ai tempi e ai limiti della classe dirigente di allora, si preoccupava di precisare che il popolo non doveva confondersi con la parte meno abbiente e meno colta ma più numerosa e rumorosa di tutto il popolo» e citava in nota le parole di Bismarck, per cui «è popolo anche Sua Maestà l'Imperatore»<sup>49</sup>.

Un principio, quello della sovranità popolare, che ha faticato ad affermarsi nella concreta esperienza giuridica, essendo prevalso per un lunghissimo periodo il “dogma” che la sovranità appartenesse esclusivamente allo stato e che lo stato fosse, potesse essere, il solo ed unico soggetto sovrano. È significativo quanto osserva Vezio Crisafulli, nel suo saggio sulla sovranità popolare nella costituzione italiana scritto in memoria di Vittorio Emanuele Orlando, quando ricorda l'ostinazione con la quale, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 1, comma 2, della costituzione del 1948, alla precisa indicazione di diritto positivo contemplata in tale disposizione si continuava a contrapporre tranquillamente il “dogma” della esclusiva sovranità dello stato con un ragionamento per la verità assai curioso: «sovrano

---

<sup>48</sup> PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, I, Firenze, 1883, p.148.

<sup>49</sup> *Op. ult. cit.*, p. 101.

è solo lo Stato, perché così risulta, non già – si badi – da un qualsiasi testo di diritto vigente, ma ... dalla dottrina (anteriore): se dunque, sembra dire il contrario o almeno cosa diversa, è la Costituzione che ha torto, perché non sta alle regole (ai “dogmi”) della dottrina, e tanto peggio per la Costituzione»<sup>50</sup>.

Alla base della disposizione normativa contenuta nel primo paragrafo della costituzione romana del 1849 deve vedersi la concezione dell’ idea di “popolo” e di “sovranità popolare” secondo la quale il popolo è idealmente il complesso dei governati che si contrappongono ai governanti: è questa, naturalmente, una concezione presente anche nel 1947 in seno all’assemblea costituente, insieme però alla diversa idea secondo la quale il popolo è sovrano in quanto comunità ordinata di governanti e governati<sup>51</sup>. Per il primo filone culturale il popolo è inteso come «popolo reale, come popolo vivente, composto non soltanto di individui, ma anche articolato in gruppi, associazioni, categorie, comunità territoriali; è, in altri termini, «il popolo nel quale si agitano interessi diversi, sentimenti talora contraddittori, passioni e opinioni variegate»<sup>52</sup>.

Ho parlato di individui e non di popolo, per riferirmi ai soggetti destinatari dell’esercizio dei poteri pubblici, perché, a mio avviso, anziché di popolo è sempre preferibile parlare di cittadini, come singoli e come componenti delle varie formazioni sociali, di individui, di uomini e donne, nei confronti dei quali i poteri pubblici hanno il compito di operare andando a cercare il *loro* cittadino nella famiglia

---

<sup>50</sup> V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (Note preliminari)*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. I, Padova, Cedam, 1957, pp. 407-63, spec. p. 412.

<sup>51</sup> Per l’esposizione di questi due filoni culturali, cfr. gli interventi svolti in assemblea costituente (in *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori dell’Assemblea costituente*, I, Roma, s.d.) dagli onorevoli LUCIFERO, p. 143 ss., MORO, p. 368 ss., VINCIGUERRA, p. 379 ss., CONDORELLI, p. 441 ss., FROGGIO, p. 466 ss., MANCINI, p. 471 ss., LABRIOLA, 483 ss., AMENDOLA, 509 ss., RODINÒ, p. 525 ss., FANFANI, p. 570 ss., che, insieme all’on. Tosato, fu il redattore del testo dell’art. 1 cost. poi approvato.

<sup>52</sup> D. NOCILLA, *Popolo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, pp. 341-90, spec. p. 360. La prima delle due concezioni di popolo e di sovranità popolare è sostenuta da G. FERRARA, *Alcune considerazioni su popolo, Stato e sovranità nella Costituzione italiana*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, p. 272 ss., che critica la tesi per la quale il popolo si configurerebbe come unità indivisibile.

e nella scuola, nelle caserme e sui luoghi di lavoro, negli uffici e nelle aule giudiziarie, sui campi e nelle officine: «là dove realmente si trova, alle prese con le sue occupazioni, con i suoi problemi quotidiani, con le vicissitudini della sua sorte»<sup>53</sup>.

Questa concezione di popolo era ben presente nei dibattiti riguardanti la proclamazione del principio democratico e della sovranità popolare nel periodo che precedette l'approvazione della costituzione romana.

Il secondo paragrafo di tale costituzione contiene l'enunciazione «Il regime democratico ha per regola l'eguaglianza, la libertà, la fraternità. Non riconosce titoli di nobiltà, né privilegi di nascita o casta»<sup>54</sup>. Per quanto riguarda l'affermazione del principio che disconosce il valore di titoli di nobiltà e di privilegi di nascita, è da ricordare che

---

<sup>53</sup> Riprendo la bella espressione da V. CRISAFULLI, *Lo spirito della Costituzione*, in AA.VV., *Discorsi e scritti sulla Costituzione*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 104.

<sup>54</sup> Questo principio è in un certo senso più ampio rispetto a quello dell'art. 3 della costituzione vigente, e in altro senso più ridotto. È più ampio, nella sua prima enunciazione, in quanto non prevede soltanto la regola dell'eguaglianza ma anche i principi di libertà e di fraternità: di fraternità non parla la costituzione del 1948, la quale, per quanto poi riguarda la libertà, a parte l'obiettivo, enunciato nell'art. 3, comma 2, della rimozione degli ostacoli che impediscono di fatto la libertà (e l'eguaglianza) dei cittadini, che costituisce un impegno per tutti i pubblici poteri, e a parte il principio sulla eguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose, contenuto nell'art. 8, comma 1, della costituzione, prevede le rispettive garanzie non nei principi fondamentali ma in molte disposizioni della parte seconda della costituzione, dedicata ai diritti e doveri dei cittadini. La vigente costituzione prevede inoltre principi fortemente innovativi rispetto al testo della costituzione della repubblica romana, nella parte in cui contempla le qualifiche rispetto alle quali il costituente intende garantire una tutela speciale, in relazione al sesso, alla razza, alla lingua, alla religione, alle opinioni politiche, alle condizioni personali e sociali (art. 3, comma 1) e nella parte in cui l'art. 3, comma 2 garantisce anche la c.d. eguaglianza sostanziale, assegnando alla repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese. Carattere di novità presenta poi, nei principi fondamentali della costituzione del 1948, la disposizione dell'art. 2, che contiene una norma il cui significato non è soltanto individuabile nel riconoscimento e nella garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia come membro delle formazioni sociali nelle quali si svolge la sua personalità, ma anche nel conferimento di giuridica rilevanza ai singoli gruppi sociali entro i quali si svolge la personalità individuale. Con tale disposizione si è riconosciuta l'importanza delle dimensioni sociali dell'uomo e delle formazioni sociali entro le quali l'uomo opera, ai fini di un adeguato svolgimento della personalità individuale.

la proposta del Monti, il quale aveva chiesto la soppressione del principio considerandolo superfluo, fu contestata dal Ballanti, il quale osservò che «la nostra Costituzione è fatta per un popolo il quale non è vergine totalmente, ossia vi sono alcuni titoli che si usurpano», e da Salvatore Braccio che, per dimostrare l'opportunità della disposizione, ricordò che «una casta dominava tutte le altre e questa era la casta sacerdotale». Dichiarazioni che rivelano la giusta preoccupazione che, nel compito, svolto dall'assemblea costituente, di previsione delle norme fondamentali del nuovo ordinamento, si tenesse costantemente presente la situazione concreta nella quale l'assemblea si trovava ad operare: una società ineguale con l'attribuzione di notevole privilegi nei confronti di una parte dei cittadini.

Il terzo paragrafo della costituzione contiene il seguente principio: «La Repubblica colle leggi e colle istituzioni promuove il miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti i cittadini»<sup>55</sup>. L'obiettivo consistente nel promuovere il miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti i cittadini e l'affidamento di tale impegno non al solo legislatore, ma a tutte le istituzioni della repubblica, in quanto le leggi non sono sufficienti e un ruolo di primaria importanza deve essere riconosciuto alle pubbliche amministrazioni e ad ogni istituzione (per esempio alle autonomie locali), esprimono concezioni di autentico spirito democratico e di accentuata modernità per il periodo nel quale vennero previste. Di particolare interesse è, a mio avviso, l'enunciazione di un principio costituzionale nel quale si pone l'obiettivo del miglioramento delle condizioni morali e materiali di «tutti i cittadini» e si assegna a «tutte le istituzioni» della repubblica il compito di perseguire questo ambizioso programma.

L'esigenza di attribuire alle leggi e alle istituzioni il compito di «promuovere» il miglioramento delle condizioni di *tutti i cittadini* è coerente con la tesi secondo la quale la sovranità non è del popolo come soggetto astratto ma dei singoli individui in quanto cittadini e dei gruppi sociali nei quali essi si collegano per raggiungere meglio i loro obiettivi. «Popolo» non soltanto è un concetto ambiguo, considerando che non esiste se non per metafora un tutto chiamato

---

<sup>55</sup> Il testo del progetto precedente conteneva invece la seguente formula «La Repubblica Romana cura l'educazione di tutti i cittadini onde ciascuno possa migliorare la propria condizione coll'industria, colla fatica, coll'ingegno».

popolo distinto dagli individui che lo compongono, ma è anche un concetto quasi sempre ingannevole ed è giusto ritenere che nei regimi democratici il sovrano non è il popolo ma sono tutti i cittadini: «Il popolo è un'astrazione, comoda ma anche [...] fallace; gli individui, coi loro difetti e coi loro interessi, sono una realtà» e non è un caso se a fondamento delle democrazie moderne stanno le Dichiarazioni dei diritti e del cittadino, sconosciute alla democrazia degli antichi<sup>56</sup>.

Il principio contemplato nel terzo paragrafo della costituzione romana si collega indubbiamente con le esigenze espresse nella disposizione sulla eguaglianza “sostanziale” garantita nell'art. 3, comma 2, della vigente costituzione. L'espressione “tutti i cittadini”, contrapposta alla dizione “tutti”, la ritroviamo nell'art. 3, comma 1, e in altre disposizioni della parte prima della carta del 1948. A proposito di tale espressione, è da ricordare che il dibattito svoltosi al riguardo ha portato alla conclusione che tale disposizione può essere interpretata nel senso che essa contiene una formula che comprende anche gli stranieri, e non solo i cittadini, e anche le persone giuridiche e i soggetti collettivi, e non solo le singole persone fisiche<sup>57</sup>.

Il quarto principio, che confermò la proposta contenuta nel progetto presentato all'assemblea e venne approvato senza alcuna discussione<sup>58</sup>, stabilisce: «La Repubblica riguarda tutti i Popoli come fratelli: rispetta ogni nazionalità: propugna l'italiana». Si tratta di un principio sostenuto con forza da Giuseppe Mazzini, che ribadisce la regola fondamentale della fraternità, già contenuta nel secondo paragrafo, e afferma l'impegno di rispetto per ogni nazionalità e di realizzazione dell'unità d'Italia<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> N. BOBBIO, *op. ult. cit.*

<sup>57</sup> Può vedersi sul punto L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Padova, Cedam, 1965, p. 210; S. LARICCIA, *Gruppi sociali ed eguaglianza giuridica*, in *Foro amm.*, 32 (1966), II, p. 117; Id., *Diritto ecclesiastico*, III ed., Padova, Cedam, 1986, p. 60. Nella giurisprudenza della corte costituzionale, che già con le sentenze nn. 30 del 1965, 25 del 1966 e 2 del 1969, aveva affermato l'applicabilità del principio di uguaglianza a soggetti diversi dalle persone fisiche, cfr. di recente la sentenza 15 luglio 1997, n. 235, in *Giur. cost.*, 43 (1998), 3, p. 1843 ss., con nota di B. RANDAZZO, *La Corte “apre” al giudizio di uguaglianza tra confessioni religiose?*

<sup>58</sup> «Posto ai voti – si legge nel resoconto – subito tutti si alzano come un sol uomo. Quindi si dichiara approvato all'unanimità».

<sup>59</sup> Il problema della nazione nel nostro paese ha avuto sempre grande importanza e

Il quinto principio, che riguarda i comuni dello stato romano e ne garantisce l'indipendenza, assume grande importanza e attualità, considerando la centralità del problema delle autonomie locali nell'organizzazione dei poteri pubblici di uno stato democratico<sup>60</sup>, e in particolare del ruolo assegnato ai comuni nel processo di formazione dello stato autonomista<sup>61</sup>.

---

recentemente è tornato nuovamente di attualità: in una intervista rilasciata a *La Stampa*, Norberto Bobbio, dopo avere considerato i motivi del perché non siamo mai stati un vero stato e una vera nazione, ha espresso una speranza e lanciato un appello: «forse sarà la dura competizione europea che ci aspetta a farci concludere il tragitto incompiuto cominciato dal Risorgimento». Cfr. l'intervista a Norberto Bobbio a cura di L. LA SPINA, in *La Stampa*, 133 (1999), 31, lunedì 1 febbraio, p. 3. Per una prima indicazione bibliografica sul problema della “nazione italiana”, rinvio a C. ESPOSITO, *Lo Stato e la Nazione italiana*, in *Arch. dir. pubbl.*, 64 (1937), 3, pp. 409-85; F. CHABOT, *L'idea di nazione*, Bari, Laterza, 1961; F. ROSSOLILLO, *Nazione*, in *Dizionario di politica*, II ed., Torino, Utet, 1983, pp. 701-5; S. BARTOLE, *La Nazione italiana e il patrimonio costituzionale europeo. Appunti per una prima riflessione*, in *Dir. pubbl.*, 3 (1997), n. 1, 1-26. V. anche i due recenti volumi di E. GALLI DELLA LOGGIA, *Identità italiana*, Bologna, il Mulino, 1998 e *Morte della patria*, Bari, Laterza, 1999.

<sup>60</sup> La disposizione assume rilievo, soprattutto se si considerano le tendenze di forte accentramento che, nel periodo nel quale la disposizione venne formulata, caratterizzavano l'organizzazione amministrativa dei paesi che si ispiravano in Europa al sistema amministrativo francese, sul fondamento dell'influenza esercitata da Napoleone. È da notare l'espressione “indipendenza” adottata a proposito dei municipi – la costituzione italiana vigente parla invece di “autonomia” –: con riferimento all'indipendenza l'unico limite previsto dai costituenti della repubblica romana era rappresentato dalle esigenze di rispetto delle leggi statali di utilità generale. L'unica disposizione dedicata alla condizione giuridica dei comuni nello statuto di Carlo Alberto approvato l'anno precedente era la sintetica “disposizione generale” dell'art. 74, nel quale si prevedeva: «Le istituzioni comunali e provinciali e le circoscrizioni dei Comuni e della Provincie sono regolate dalla legge»: dalla legge dunque dello stato; cosa certa ben diversa di un regime di indipendenza, nel rispetto delle leggi di utilità generale. Non vi è dubbio in proposito che, mentre la disposizione dello statuto albertino indicava chiaramente il ruolo di enti subordinati allo stato da riconoscere nei confronti degli enti comunali e provinciali e delle rispettive circoscrizioni, la disposizione che a proposito dei comuni venne approvata dai costituenti della repubblica romana può considerarsi anticipatrice dei principi di autonomia che faticosamente e con mille difficoltà si stanno attuando nell'Italia repubblicana. V. di recente su questo problema il bel volume a cura di G. FALCON, *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997*, con la collaborazione di M. CAMELLI, F. MERLONI, G. PASTORI, L. TORCHIA, Bologna, il Mulino, 1998.

<sup>61</sup> Gli ultimi provvedimenti legislativi sono quelli delle leggi n. 142 del 1990 e n.

Il sesto principio sulla distribuzione degli interessi locali, in armonia coll'interesse politico dello Stato esprime una moderna tendenza di equo contemperamento fra l'interesse politico dell'ente stato e gli interessi rappresentati dalle autonomie locali, sulla base di quel principio democratico della più equa distribuzione possibile degli interessi locali che, per impegno costituzionale, deve rappresentare la regola della ripartizione territoriale della repubblica<sup>62</sup>.

I due ultimi paragrafi degli otto principi fondamentali riguardano la complessa e delicata questione della materia religiosa e di quella ecclesiastica. A tale questione, per varie ragioni, deve riconoscersi molta importanza, considerando le particolari condizioni dello stato romano prima della proclamazione della repubblica del 1849, che devono essere tenute presenti per comprendere l'ampio ed animato dibattito che caratterizzò la discussione che precedette l'approvazione dei due principi: l'importanza della questione è anche giustificata dalla consapevolezza di quale rilievo abbiano sempre assunto nel nostro paese, per l'evoluzione della società democratica italiana, la questione religiosa in generale e la questione cattolica in particolare.

Il settimo principio stabilisce solennemente che «Dalla credenza religiosa non dipende l'esercizio dei diritti civili e politici»: si tratta, come è evidente, di un fondamentale diritto di libertà e di uguaglianza in materia religiosa, e di un principio che caratterizza ogni ordinamento democratico. Nella legislazione dell'Italia liberale il principio era stato previsto da una legge approvata il 19 giugno 1848, subito dopo l'approvazione dello statuto albertino del 4 marzo dello stesso anno, che contemplava, all'art. 1, il principio della religione cattolica, apostolica,

---

59 del 1997 e del d.lgs. n. 112 del 1998. In proposito è a mio avviso da condividere l'opinione espressa da Giandomenico Falcon, il quale osserva che il progetto devolutivo della legge n. 59 del 1997 consiste nel «riorganizzare globalmente "lo Stato" (lo Stato in senso ampio, quale insieme di organizzazioni preposte alle pubbliche funzioni) secondo il principio orientativo dell'art. 5 Cost., riletto come una formulazione *ante litteram* del principio di sussidiarietà»: G. FALCON, *Il decreto 112 e il percorso istituzionale italiano*, in *Id.* (a cura di), *Lo Stato autonomista*, cit., pp. VII-XXVI, spec. p. X.

<sup>62</sup> È da notare che questo principio, che non compariva nel primo progetto, non fa riferimento alle province, che erano state invece menzionate nei testi discussi dall'assemblea, e che opportunamente in esso si considerano gli interessi "locali", espressione che sostituisce quella più ridotta di interessi "economici", contemplata nei testi precedentemente proposti.

romana come sola religione dello stato. Mi riferisco alla importante legge n. 735 del 1848, la c.d. legge Sineo, che, prevedendo un principio caratteristico del separatismo in materia ecclesiastica, dispose: «La differenza di culto non forma eccezione al godimento dei diritti civili e politici, ed all'ammissibilità alle cariche civili e militari». In applicazione di tale principio, pur vigendo il ricordato art. 1 dello statuto del 1848, che sostanzialmente negava qualunque riconoscimento della libertà religiosa nei confronti dei cittadini non cattolici, le minoranze confessionali per più decenni poterono vivere ed operare in Italia in una condizione di piena libertà ed autonomia; ciò avvenne fino all'entrata in vigore della legislazione fascista concordataria e della legge sulla condizione dei culti diversi dal cattolico: i culti "ammessi", come vennero definiti nella legge n. 1159 del 14 giugno 1929<sup>63</sup>.

È evidente l'importanza che, a distanza di un anno dall'approvazione della legge piemontese del 19 giugno 1848 sulla garanzia, senza distinzione di religione, dei diritti civili e politici, assume l'approvazione, nel 1849, di un principio costituzionale, contenuto in una costituzione definibile come una costituzione "rigida", con tutte le conseguenze che derivano da tale qualifica: tale principio, come si è visto, stabiliva che l'esercizio dei diritti civili e politici, quelli che oggi definiamo i diritti privati e pubblici, non avrebbe potuto dipendere dalla credenza religiosa dei cittadini; si tratta di una fondamentale conquista derivante, negli ordinamenti democratici moderni, dal regime di separazione tra l'ordine civile e l'ordine religioso, un principio contemplato nell'art. 7, comma 1, della vigente costituzione, ma purtroppo smentito in Italia dalla presenza di un regime pattizio fondato sulla "logica concordataria" che dall'11 febbraio 1929 presiede ai rapporti tra stato e chiesa cattolica, regime che è stato confermato dalla stipulazione del patto di villa Madama del 18 febbraio 1984<sup>64</sup>.

L'ottavo paragrafo dei principi fondamentali, infine, riguarda la questione delle garanzie da riconoscere al sommo pontefice e stabilisce in particolare che «Il Capo della Chiesa Cattolica avrà dalla

---

<sup>63</sup> Cfr. sul punto G. PEYROT, *La politica dello Stato nei riguardi delle minoranze religiose*, in *il Mulino*, 1971, p. 456 ss.

<sup>64</sup> Per una valutazione storico-giuridica della legislazione sui rapporti tra stato e chiesa cattolica, può vedersi S. LARICCIA, *Stato e chiesa cattolica (rapporti tra)*, in *Enc. dir.*, 43 (1990), Milano, Giuffrè, pp. 890-924.

Repubblica tutte le guarentigie necessarie per l'esercizio indipendente del potere spirituale». Questo principio, che era già stato formulato nel decreto fondamentale che istituiva la repubblica romana, contiene una norma di particolare importanza sia per quel che dice che per quel che non dice, in quanto il testo approvato non comprende l'affermazione, contenuta invece nel progetto, «La religione cattolica è la sola religione dello Stato»: un principio che, introdotto nel 1848 nell'ordinamento italiano con l'art. 1 dello statuto albertino, e poi ribadito con l'art. 1 del trattato del laterano, è rimasto come norma giuridica nel nostro ordinamento fino a quando nel 1984 il legislatore concordatario, nel n. 1 del protocollo addizionale al concordato, ha precisato che «si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano»; soltanto con la sentenza n. 203 del 1989, la nostra corte costituzionale, con notevole ritardo rispetto all'entrata in vigore della costituzione repubblicana del 1948, ha affermato che il principio di laicità dello Stato è uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano<sup>65</sup>.

Con tale sentenza la corte ha inteso affermare la 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 regime di pluralismo confessionale e culturale» (cfr. il punto n. 4 del *considerato in diritto* della sentenza); essa non ha invece accolto quella concezione della laicità-neutralità, considerata «l'espressione più propria della laicità» da un giurista di accentuata sensibilità democratica come Costantino Mortati: una concezione che, al contrario di quella accolta dai nostri giudici costituzionali, comporta l'irrelevanza per lo stato dei rapporti derivanti dalle convinzioni religiose, nel senso di considerarli fatti privati da affidare esclusivamente alla coscienza dei credenti: tale concezione della laicità era bene espressa dalla formula del settimo principio fondamentale della costituzione della repubblica romana, nel quale si stabiliva che l'esercizio dei diritti

---

<sup>65</sup> Il concetto di “principio supremo dell'ordinamento” è stato “coniato” dalla corte costituzionale proprio in riferimento alla materia ecclesiastica nella sentenza n. 30 del 1971, in *Giur. cost.*, 16 (1971), p. 150 ss. Per una esposizione del mio pensiero al riguardo, rinvio a S. LARICCIA, *Laicità e politica nella vicenda dello Stato italiano contemporaneo*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 12 (1995), I, p. 11 s.

privati e pubblici dei cittadini non avrebbe dovuto dipendere dalla loro credenza religiosa<sup>66</sup>. Ed è una concezione che, a distanza di tanti anni da allora, tarda ad affermarsi nel nostro paese, come dimostra l'esperienza di quanto, in occasione del voto sulla legge in materia di fecondazione artificiale, è avvenuto tre mesi fa alla camera dei deputati dove si è affacciato il dubbio che le esigenze di laicità della società italiana fossero maggiormente rispettati negli anni nei quali furono approvate leggi come quella sul divorzio e sull'interruzione della gravidanza. Ancora una volta ci si deve domandare se i cittadini non abbiano diritto a leggi che non impongano comportamenti o divieti ispirati a pur rispettabili principi religiosi ed etici, ma debbano garantire la libertà di tutti nella coesistenza di scelte e principi individuali.

Non è possibile analizzare qui la ricchezza del dibattito che si svolse nell'assemblea costituente della repubblica romana prima che venisse approvata la norma che omise qualunque riferimento al principio della religione cattolica, sia come religione del nuovo stato che come religione della maggioranza della popolazione di esso: un dibattito per il quale rinvio all'accurata analisi degli autori che hanno affrontato espressamente tale aspetto della costituzione romana<sup>67</sup>.

Ritengo invece opportuno ricordare che la questione della laicità e della confessionalità dello stato italiano e delle istituzioni civili e il collegamento che si pone fra tale questione e le esigenze di sviluppo della vita democratica in Italia costituiscono problemi certamente non risolti e che anzi presentano aspetti sempre più inquietanti, anche considerando la valutazione riduttiva che tale questione assume nell'opinione di molti politici del nostro paese. E la nuova formazione, su molti temi importanti come la fecondazione eterologa e i finanziamenti alla scuola privata, di una compatta unità politica dei cattolici, premessa per una riagggregazione delle forze conservatrici del nostro paese, induce a non poche preoccupazioni.

5. Anche le norme sui diritti e doveri dei cittadini, contenute negli artt. 1-14 della costituzione della repubblica romana, sono naturalmen-

---

<sup>66</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1976.

<sup>67</sup> Tra gli scritti più recenti v. M. FERRI, *Costituente e Costituzione della Repubblica romana del 1849*, cit., p. 24 ss.

te collegate alle prospettive di sviluppo di una società democratica, ma su tali disposizioni non mi soffermo considerando che il loro esame richiederebbe un approfondimento qui non consentito<sup>68</sup>. In proposito vorrei soltanto esprimere qui piena adesione all'opinione di Mauro Ferri, il quale ha osservato che «nel complesso il titolo primo costituisce un'organica enunciazione dei diritti – (scarso posto vi hanno i doveri) –, generalmente più avanzata rispetto alle analoghe disposizioni degli Statuti degli Stati italiani. Il modello determinante è stato soprattutto la Costituzione francese, ma non mancano spunti originali qualche volta anticipatori di soluzioni future»<sup>69</sup>.

Riguardo a tali disposizioni, può essere interessante ricordare alcune rilevanti differenze rispetto agli artt. 24-32 dello statuto albertino del 1848, nel quale risultava garantita la libertà individuale (art. 26), ma non la libertà di associazione, in conformità ai principi che nei sistemi liberali tendevano alla massima garanzia dell'autodeterminazione individuale; era assicurata la libertà di stampa, con la precisazione tuttavia che le bibbie, i catechismi, i libri liturgici e di preghiera non avrebbero potuto essere stampati senza il preventivo assenso del vescovo (art. 28); non erano previste né la libertà di manifestazione del pensiero, né la libertà di insegnamento<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Le disposizioni riguardanti i diritti e i doveri dei cittadini riguardano la cittadinanza della repubblica (art. 1-2), l'invulnerabilità delle persone e delle proprietà (art. 3), il divieto di arresto per motivi diversi dalla flagranza di delitto o per mandato del giudice, il principio del giudice naturale (art. 4), l'abolizione delle pene di morte e di confisca (art. 5), l'invulnerabilità del domicilio (art. 6), la libertà di manifestazione del pensiero e la previsione della punizione per legge dell'abuso «senza alcuna censura preventiva» (art. 7), la libertà di insegnamento e l'affidamento alla legge della definizione delle condizioni relative alla moralità e capacità per gli aspiranti insegnanti (art. 8), l'invulnerabilità del segreto epistolare e cioè la libertà di corrispondenza (art. 9), il diritto individuale e collettivo di petizione (art. 10), la libertà di associazione «senza armi e senza scopo di delitto» (art. 11), l'appartenenza di tutti i cittadini alla guardia nazionale «nei modi e colle eccezioni fissate dalla legge» (art. 11), la previsione dell'espropriazione soltanto per pubblica utilità e previa giusta indennità (art. 13), l'affidamento al legislatore del compito di determinare le spese pubbliche e dei modi di contribuirvi, con la previsione che nessuna tassa avrebbe potuto essere imposta se non per legge, né percetta per tempo maggiore di quello dalla legge determinato (art. 14).

<sup>69</sup> M. FERRI, *Costituente e costituzione della Repubblica romana del 1849*, cit., p. 37.

<sup>70</sup> Per quanto invece riguarda una sia pur sintetica comparazione con le disposizioni della parte prima della costituzione della repubblica italiana che, in quattro titoli, dedicati

Con riferimento all'organizzazione della repubblica romana, si sono già poste in rilievo le disposizioni che prevedevano il carattere democratico di tale ordinamento, ritenendo che l'affermazione del principio repubblicano non fosse sufficiente per affermarne anche la democraticità.

---

rispettivamente ai rapporti civili (artt. 13-28), ai rapporti etico-sociali, (artt. 29-34) ai rapporti economici (artt. artt. 35-47) e ai rapporti politici (artt. 48-54), disciplinano le garanzie costituzionali dei cittadini, va notato che la costituzione italiana del 1948 conferma il rilievo che in ogni stato democratico assumono i diritti dei cittadini riferiti alla cittadinanza, all'inviolabilità della persona e delle sue proprietà, al domicilio, alla corrispondenza, alle libertà di associazione e di manifestazione del pensiero, ai rapporti di natura tributaria ed inoltre prevede altre numerose garanzie, dedicando specifica attenzione a profili che non avrebbero potuto assumere rilievo in una costituzione democratica della metà dell'ottocento o che si collegano ad esperienze e settori particolarmente significativi, per motivi storico-giuridici, nel periodo in cui lavorarono i componenti dell'assemblea costituente dell'Italia repubblicana: mi riferisco in particolare, ma qui l'elencazione ha solo un significato esemplificativo, alla libertà di riunione (art. 17) e di religione (artt. 19-20), al diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24), ai principi sulla responsabilità dei funzionari e dei dipendenti dello stato (art. 28), alle disposizioni sui diritti della famiglia e sulla condizione giuridica dei figli (artt. 29-31), alla tutela della salute (art. 32), alle norme in tema di scuola (artt. 33-34), ai rapporti economici (artt. 35-47), con particolare riferimento alle associazioni sindacali, al diritto di sciopero e alla costituzione economica, ai diritti elettorali di tutti i cittadini, uomini e donne (art. 48), ai partiti politici (art. 49), al dovere di tutti i cittadini di essere fedeli alla repubblica e di osservarne la costituzione e le leggi (art. 54). Una novità di fondamentale importanza da porre in rilievo, nella valutazione della nostra attuale costituzione, in confronto con altre carte costituzionali del passato e del presente, è che il costituente non si è limitato a disciplinare i rapporti tra i cittadini e lo stato, ma ha voluto anche garantire l'esplicitarsi della libertà e della personalità individuale all'interno delle varie formazioni sociali, con l'intento di realizzare non solo un orientamento democratico della società politica, riconoscendo le libertà fondamentali nei confronti dell'autorità pubblica, ma anche un orientamento democratico della società civile. Occorre invero essere consapevoli che affinché la democrazia sia sufficientemente garantita, appare del tutto inadeguata una organizzazione democratica dell'apparato statale, e si richiede che tutto il paese sia organizzato mediante strutture di libertà articolate in tutto il corpo sociale: movimenti d'opinione, associazioni di cultura, scuole, famiglie, sindacati, partiti, effettiva libertà di stampa, democrazia a livello locale e, su un piano distinto per le finalità ma non per i soggetti, forme nuove e più intense di partecipazione e di responsabilità degli individui nell'ambito delle comunità extra-statali. D'altra parte, le strutture di democrazia e di libertà innestate nel corpo sociale non sono che un mezzo per la formazione di donne e uomini liberi, capaci di esprimere la loro libertà nell'esercizio quotidiano, nelle scelte culturali e morali, nella partecipazione politica e nella consapevole assunzione delle relative responsabilità.

In sintesi ricordo, a proposito dell'ordinamento politico previsto, sotto il titolo secondo dall'art. 15, che, con la norma «Ogni potere viene dal Popolo. Si esercita dall'Assemblea, dal Consolato, dall'Ordine giudiziario», si ribadisce la formula della sovranità popolare e, pur non affermandolo esplicitamente, si stabilisce il principio della separazione dei poteri, legislativo, esecutivo e giudiziario, che vengono assegnati rispettivamente all'assemblea, al consolato e all'ordine giudiziario.

Per quanto riguarda il titolo III, relativo all'assemblea, un vivo dibattito suscitò la questione della definizione, poi approvata, del voto popolare come voto pubblico (art. 20): Mauro Ferri ha osservato che «è questa forse la norma che più stona con la nostra sensibilità e con l'opinione moderna», anche se la scelta del voto pubblico, nel contesto storico in cui si verificava non deve essere giudicata aberrante come apparirebbe oggi<sup>71</sup>. Pur condividendo le perplessità di Ferri sul principio del voto pubblico stabilito come regola generale, e pur considerando l'importanza che negli ordinamenti moderni assume l'obbligo per le autorità di predisporre garanzie per la segretezza dell'espressione elettorale a tutela della libertà di voto, devo dire che sono rimasto colpito dalla determinazione e dal rigore con i quali soprattutto il Saliceti si impegnò nel dibattito dell'assemblea per dimostrare la superiorità del voto pubblico rispetto a quello segreto: il suo richiamo all'esperienza inglese, nella quale il voto segreto sarà poi introdotto a partire dal 1872, e il ricordo delle opinioni espresse, nell'antichità, da Plinio il Giovane<sup>72</sup> e più di recente da Benjamin Constant, scrittore e politico francese autore, nel 1818-'20, di un famoso *Corso di politica costituzionale*, dimostrano quanto venissero allora sentite le esigenze di quella che siamo oggi abituati a definire con l'espressione di «trasparenza»<sup>73</sup>.

A proposito del titolo IV, riguardante il consolato e il ministero, ricordo la proposta che la commissione incaricata di predisporre il

---

<sup>71</sup> M. FERRI, *Costituente e costituzione della Repubblica romana del 1849*, cit., p. 40.

<sup>72</sup> *Lettere*, III, 20 e IV, 25.

<sup>73</sup> Agli argomenti esposti dal Saliceti ho ripensato leggendo l'appello che il gruppo «Tavole di donne sulla bioetica» ha rivolto ai parlamentari italiani, a proposito del voto in tema di fecondazione c.d. assistita: «Venite allo scoperto con il voto palese!», si legge nell'appello, nel quale si esprime protesta verso un parlamento «che non ha nemmeno il coraggio delle proprie opinioni» e si chiede «a ciascuna e ciascuno di dire pubblicamente come vota e perché»: l'appello firmato è pubblicato in *il Manifesto*, 5 febbraio 1999, p. 5.

progetto aveva fatto per impedire che i consoli e la stessa assemblea, che traevano entrambi la fonte del loro potere dall'elezione popolare, potessero eventualmente oltrepassare i limiti ad essi fissati dalla costituzione: in proposito la commissione, con l'intento di tutelare l'equilibrio dei poteri costituiti, aveva previsto l'istituzione del "tribunato" che doveva provvedere alla garanzia delle leggi fondamentali della repubblica. È tuttavia da ricordare che tale proposta non ottenne il consenso della maggioranza dei componenti l'assemblea ed anzi sollevò molte critiche da parte di chi nel dibattito espresse il timore che, anziché ottenere i risultati perseguiti dalla commissione proponente, il tribunato potesse trasformarsi da garante della legittimità costituzionale in organo prevaricatore del consolato e dell'assemblea. Tali critiche portarono alla soppressione del tribunato<sup>74</sup>.

Prevalse a tale riguardo l'opinione del Saliceti, il quale dichiarò «Non v'è d'uopo d'un Tribunato per invigilare il Potere Esecutivo»: eppure tale proposta, soprattutto per l'esercizio del potere di giudicare sulla costituzionalità delle leggi, si rivela anticipatrice di una soluzione, l'istituzione della corte costituzionale come giudice di legittimità delle leggi, che verrà accolta dalla maggior parte delle costituzioni del novecento e che, in particolare, costituisce uno degli aspetti più rilevanti della carta costituzionale dell'Italia repubblicana e democratica.

Con riferimento al potere giudiziario<sup>75</sup>, infine, era stabilito il principio della loro indipendenza con la formula «I giudici nell'esercizio delle loro funzioni non dipendono da altro potere dello Stato» e con l'affermazione che «La giustizia è amministrata in nome del popolo», come si legge nell'art. 52 della costituzione romana, mentre lo statuto albertino del 1848 apriva la sezione dedicata all'"ordine giudiziario" con l'affermazione che la giustizia emana dal re, ed è amministrata in suo nome dai giudici ch'egli istituisce (art.68)<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Come dichiarò l'Agostini, l'istituzione del tribunato «non è protetta da veruna autorità di esempio nelle costituzioni moderne; ma ci sembrò abbastanza protetta dalla autorità della ragione». Il Tribunato, secondo i proponenti, aveva poteri e funzioni di seconda camera, di corte costituzionale, di corte di controllo.

<sup>75</sup> Per il consiglio di stato, disciplinato nel titolo quinto, va sottolineato che esso, composto di quindici consiglieri nominati dall'assemblea, esercitava il potere consultivo nei confronti dei consoli e dei ministri ed emanava regolamenti, previa delega dell'assemblea.

<sup>76</sup> Lo statuto albertino del 1848 aveva solo parzialmente garantito l'indipendenza dei

Considerando l'importanza che assume negli ordinamenti democratici il principio di indipendenza dei giudici, è giusto ricordare che le disposizioni sulla magistratura previste nella costituzione della repubblica romana presentano aspetti di singolare modernità.

6. La carta costituzionale della repubblica romana è stata definita da Fausto Fonzi «la costituzione più ardita, più profondamente democratica, del nostro Ottocento»<sup>77</sup>: essa, con riferimento al periodo nel quale venne approvata, rappresentò una *rara avis* e quasi un *unicum* nel panorama complessivo degli ordinamenti costituzionali dell'epoca<sup>78</sup>.

Nelle parole di presentazione del progetto da parte dell'Agosti-

---

magistrati, in quanto aveva stabilito la loro indipendenza solo dopo tre anni di esercizio (art. 69): e per i giudici che già erano in servizio si discuteva se i tre anni decorressero dal momento dell'entrata in vigore dello statuto, «termine che avrebbe consentito al governo di disfarsi dei giudici sgraditi prima che scattasse la data a partire dalla quale si acquistava la garanzia dell'inamovibilità», o dal momento dell'ingresso in magistratura. L'unica ragione del triennio di prova stava proprio nella possibilità di fare un "esperimento" della fede politica dei magistrati. Tipica espressione della cultura illuministica appariva poi, nello statuto di Carlo Alberto, l'art. 73, che disponeva che «L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo». In un sistema nel quale il potere legislativo spettava al re e alle camere, lo statuto riservava al potere legislativo l'interpretazione autentica del diritto, mediante un precetto la cui portata consisteva essenzialmente nell'escludere il riconoscimento di qualunque forma di diritto "giurisprudenziale". Se si confronta questo testo con l'art.16 del titolo preliminare al codice civile sardo del 1837, che riservava tale funzione al "sovrano", si può ritenere che un passo importante risultava certamente compiuto, ma tale passo non era nella prospettiva di ottenere una migliore definizione del ruolo del giudice, bensì rispondeva all'esigenza di affermare il ruolo centrale della camera elettiva nel processo di formazione e modificazione del diritto "legislativo". Cfr. sul punto A. PIZZORUSSO, *Le garanzie giurisdizionali: il problema dell'indipendenza del giudice*, Relazione al Convegno promosso dalla Accademia Nazionale dei Lincei e dalla Corte Costituzionale, in collaborazione con l'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (Roma, 19 dicembre 1997), in corso di pubblicazione negli atti del convegno: nota l'a. che, in pratica, il ruolo delle camere come potere legislativo fu spesso svuotato dal riconoscimento di un ruolo amplissimo all'attività normativa del governo, specialmente attraverso la pratica delle delegazioni legislative ed in virtù del riconoscimento della decretazione d'urgenza con valore di legge.

<sup>77</sup> F. FONZI, Introduzione a *La mostra storica della Repubblica romana. 1849*, cit., p. 34, al quale si rinvia per la sintetica e chiara esposizione degli avvenimenti più salienti dell'esperimento costituzionale della Repubblica romana del 1849.

<sup>78</sup> Cfr. in tal senso S. FURLANI, *La Costituzione della Repubblica Romana del 1849: note di natura tipologica*, in *Il pensiero mazziniano*, 3 (1990), pp. 62-82, spec. p. 64.

ni, emerge con chiarezza l'intento, perseguito dalla commissione incaricata di elaborarlo, di approvare una «Costituzione che fosse l'espressione delle condizioni morali, economiche e politiche» del popolo degli stati pontifici<sup>79</sup>.

Non mi soffermo a considerare l'importanza che assumono il problema della procedura di revisione prevista per la modifica costituzionale e la definizione della costituzione della repubblica romana come costituzione rigida. Mi limito a ricordare che nel confronto con l'esperienza costituzionale successiva a quella dell'assemblea costituente della repubblica romana, meritano una particolare menzione sia la previsione di un'assemblea di revisione, dotata del potere di adottare le modifiche richieste, sia la natura di costituzione rigida che deve essere sicuramente riconosciuta al testo costituzionale del 1849: due soluzioni adottate sulla base del precedente dell'art. 111 della costituzione francese del 1848. Anche per questa parte, dunque, i costituenti della repubblica romana seppero indicare soluzioni di grande interesse per lo studio della storia costituzionale e per il lavoro dei costituenti del futuro<sup>80</sup>.

A me sembra giusto, a distanza di un così lungo periodo da quando la costituzione della repubblica romana venne approvata, esprimere sentimenti di apprezzamento e di gratitudine nei confronti di coloro che, operando con impegno e passione, in condizioni di particolari

---

<sup>79</sup> La nuova costituzione doveva rappresentare la fase finale di un processo ultra millenario a conclusione della realizzazione del trinomio libertà, eguaglianza, fratellanza, alla quale avevano contribuito gradualmente tre rivoluzioni, come affermò in assemblea, il 24 giugno, Quirico Filopanti. «Roma – aveva dichiarato Filopanti – ha avuto tre memorabili rivoluzioni; l'una che scacciò i Tarquini, e soppresse la potestà regia. Quella fu la rivoluzione della *libertà*. Un'altra molti secoli dopo nel 1798, fu rivoluzione imposta più che spontanea, ma pur utile, da che venne ad abbattere i privilegi delle due caste, sacerdotale e patrizia; quella fu la rivoluzione dell'*eguaglianza*; da ultimo Roma ha fatto un'altra rivoluzione nel 1848; questa ebbe una tendenza di più sopra le altre precedenti, fu una grande protesta contro un Governo nemico della nazionalità italiana, nemico di quello spirito di associazione, che si mostrava potente in tutte le città dello Stato; fu una energica aspirazione alla unità nazionale, ed a quella solidarietà di tutte le classi, la quale, mediante il comune soccorso, deve assurgere gli uomini a destini migliori; quella fu pertanto la rivoluzione della *fraternità*»: l'intervento di Quirico Filopanti è riportato in *Le Assemblee del Risorgimento*, Roma, Camera dei Deputati, 1911, IV, 912-13.

<sup>80</sup> Può vedersi sul punto S. LARICCIA, *La Costituzione della Repubblica romana del 1849*, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 453-82, spec. pp. 479-82.

difficoltà, sono stati capaci di indicarci una meta degna di essere perseguita: l'avvento di uno *stato democratico* che:

- affidi a una carta costituzionale il valore di essenziale riferimento per il riconoscimento e la realizzazione delle garanzie di tutti i cittadini nell'esperienza della concreta vita sociale;

- attui il principio della sovranità popolare, come metodo di vita della società democratica, con l'impegno di rendere migliore l'esistenza di ogni cittadino;

- disconosca e rimuova ogni forma di privilegio;

- promuova il miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti, realizzando tale obiettivo in coerenza con le nuove frontiere della cittadinanza nei diversi momenti storici;

- rispetti ogni nazionalità e ogni differenza etnica e linguistica;

- riconosca le autonomie locali, pur affermando le esigenze dei limiti rappresentati dall'interesse generale espresso dalle leggi dello stato;

- garantisca a tutti, credenti e non credenti, l'esercizio dei diritti pubblici e privati, quelli che, nella terminologia dell'ottocento, venivano definiti come diritti civili e politici;

- assicuri al papa la garanzia dell'esercizio indipendente del potere religioso, come ai rappresentanti delle altre numerose confessioni religiose il libero esercizio del potere spirituale, impedendo però che l'esercizio di tali libertà comporti indebite ingerenze nell'esercizio del potere civile;

- contrasti ogni forma di clericalismo e persegua l'obiettivo di una piena separazione tra l'ordine civile e l'ordine religioso, nella convinzione che la libertà e l'eguaglianza possono essere assicurati soltanto da istituzioni capaci di reagire a condizionamenti confessionali;

- promuova l'impegno per una legislazione capace di garantire, in conformità ai principi contenuti nella costituzione repubblicana e democratica, i diritti di libertà e di eguaglianza dei singoli e dei gruppi.

Sono obiettivi che rappresentano conquiste e mete da raggiungere per ogni ordinamento impegnato nella costruzione di una società democratica. Io credo che il modo migliore per celebrare questo anniversario sia quello di rammentare le speranze, gli auspici e le convinzioni di coloro che in questi ideali hanno creduto e per essi hanno combattuto.

## *Laicità, garanzia di libertà per tutti\**

*Il divorzio si pone come diritto facoltativo. Chi per ragioni di fede o obblighi morali pensi di non doversi ricorrere è ovviamente libero di farlo e di testimoniare il senso della sua scelta. Non vediamo come l'indissolubilità del matrimonio possa e debba essere difesa, in un ordinamento statale, con le norme del codice civile piuttosto che essere custodita nelle libere coscienze dei cittadini.*

Era lunedì 23 gennaio 1967 quando Paolo VI, nel discorso ai componenti del tribunale della «Sacra Romana Rota», con riferimento al voto della commissione affari costituzionali della Camera dei deputati sulla legittimità costituzionale della proposta di legge Fortuna, affermava: «Non vogliamo tacere la triste impressione che sempre ci ha fatto la bramosia di coloro che aspirano ad introdurre il divorzio nella legislazione e nel costume di nazioni che hanno la fortuna di esserne immuni... Noi pensiamo che sia un vantaggio morale e sociale e sia un segno di civiltà superiore per un popolo l'aver saldo, intatto e sacro l'istituto familiare; e vogliamo credere che il popolo italiano, a cui non un giogo è stato imposto dalle norme del Concordato relative al matrimonio, ma un presidio ed un onore sono stati conferiti, comprenderà quale sia in questo campo fondamentale per le sue fortune civili la scelta buona da fare e da difendere».

Ero presente a quella cerimonia come avvocato rotale ed ho viva memoria della sincera sofferenza che esprimevano le parole di quel papa che mi era caro, per la sua apertura al mondo delle idee e per la sua enciclica *Populorum Progressio* contenente un accorato appello per lo sviluppo dei popoli in lotta contro la fame, la miseria, le malattie, l'ignoranza. Ma né le parole di Paolo VI di quel giorno ormai lontano nel tempo né i numerosi richiami della Chiesa cattolica diretti ad influire, prima e dopo l'approvazione della legge sul divorzio, sulle scelte delle autorità civili (parlamen-

---

\* In *Confronti*, 14, 2002, n. 3, p. 4.

to, governo, corte costituzionale, giudici, avvocati, professori) in tema di divorzio sono riusciti a convincere che l'indissolubilità del matrimonio possa e debba essere difesa, in un ordinamento statale, con le norme del codice civile piuttosto che essere custodita nelle libere coscienze dei cittadini.

Il 28 gennaio di quest'anno, all'inaugurazione dell'anno giudiziario della «Rota Romana», Giovanni Paolo II è nuovamente intervenuto sul tema del divorzio e tra l'altro ha dichiarato che ai giudici non è riconosciuta l'obiezione di coscienza, ma anch'essi devono trovare mezzi efficaci per favorire le unioni matrimoniali e che gli avvocati devono sempre declinare l'uso della loro professione per una finalità contraria alla giustizia come è il divorzio. I media hanno riassunto la notizia come un doppio invito all'obiezione di coscienza, mentre giustamente mi sembra sia stato osservato che dal discorso del papa non si possano dedurre esplicite richieste di obiezione di coscienza. Ma è soprattutto la concezione del divorzio come «finalità contraria alla giustizia» che merita di essere qui considerata.

La legge italiana ammette il diritto di divorziare quando il matrimonio sia, di fatto, fallito: risponde alle esigenze della logica e del diritto statale che lo stato intervenga a sanzionare il fallimento della vita matrimoniale, quando la convivenza dei coniugi non è più possibile ed è dunque necessario ricorrere alla separazione o al divorzio; diversa è l'ipotesi in cui il vincolo matrimoniale risulti dall'origine viziato da una circostanza che influisca sulla stessa validità del matrimonio: in tale ipotesi è possibile l'intervento del giudice (civile o canonico) per la dichiarazione di nullità del vincolo coniugale.

La questione del divorzio nella legislazione statale attiene alla problematica dei diritti civili e si pone in collegamento con il principio di libertà di coscienza, giacché non si può ignorare che la richiesta di divorzio è facoltativa: la legge sul divorzio prevede infatti la facoltà di rescindere, in casi particolari e con adeguate procedure, unioni ormai del tutto fallite anche per la prole. Il divorzio è per sua natura un istituto che tende a porre un rimedio a una dolorosa realtà sociale: quella dell'esistenza di unioni matrimoniali fallite. Si tratta di un rimedio parziale e imperfetto, che consente di conciliare l'interesse individuale (sciogliere un legame

ormai fallito e costruirsi, eventualmente, una nuova famiglia) con l'interesse collettivo (stabilità della famiglia), disciplinando per legge gli obblighi e le responsabilità verso la primitiva famiglia e la posizione di fronte allo stato della nuova famiglia che il divorziato eventualmente pone in essere.

In sintesi è questa la concezione del divorzio nelle legislazioni civili; nella concezione cattolica, il divorzio è invece ritenuto in insanabile contrasto con la natura sacramentale del vincolo matrimoniale e con il principio canonistico *quod Deus coniunxit homo non separet* «ciò che Dio ha unito, l'uomo non separi»), con l'eccezione del matrimonio rato e non consumato (vera e propria ipotesi di divorzio prevista per il matrimonio canonico). Il diritto canonico prevede l'ipotesi delle nullità del matrimonio: e qui va considerato che il discorso del papa riguardava in primo luogo il «lassismo» dei tribunali ecclesiastici matrimoniali di primo e di secondo grado.

Ancora una volta, così come a proposito della richiesta di inserire un diretto riferimento alle radici cristiane nel preambolo della carta dei diritti approvata a Nizza il 9 dicembre 2000, è necessario richiamare l'attenzione, soprattutto riguardo ai temi della famiglia e della scuola, sul principio di separazione tra gli stati e le confessioni religiose e riaffermare l'importanza che, per il rispetto della pari dignità e dei diritti di libertà di tutti i cittadini, assume il valore della laicità delle istituzioni civili.

## *Intervento in ricordo di Livio Paladin\**

Grazie Presidente. Io voglio innanzitutto esprimere un vivissimo apprezzamento agli amici che hanno presentato quattro brillantissime relazioni e al Presidente di questa giornata di lavoro per avere rivendicato l'importanza del dibattito: "un piccolo dibattito", ha cominciato con il dire il nostro Presidente, il quale però ha poi giustamente contato sull'aiuto della professoressa Lorenza Carlassare, per ottenere un po' più di tempo che consentisse di riflettere meglio sui problemi discussi in questo interessante convegno, nel quale viene ricordata l'opera di tre professori di diritto costituzionale che hanno avuto un'importante influenza sulla formazione scientifica e professionale di molti tra noi. D'altra parte, l'inizio della presentazione di Gustavo Zagrebelsky questa mattina era proprio dedicato all'importanza che oggi assume la riflessione sulla Costituzione, valutata come "Costituzione". E, anche nella relazione di Antonello D'Atena, abbiamo ascoltato la conclusione a proposito del problema se in questo caso non si possa valutare il diritto costituzionale come "non diritto"; quindi, è più che giustificato che su questi temi sia consentito di potere esprimere ulteriori valutazioni rispetto a quelle svolte nelle relazioni sinora ascoltate.

Naturalmente io sarò molto breve, proprio perché è giusto che vi sia anche spazio per la conclusione del Presidente di questa giornata e voglio innanzitutto dire che mi sembra giusto ricordare la grande sensibilità che ha dimostrato il professor Carlo Esposito quando, nel 1949, a distanza di pochi mesi dall'entrata in vigore della Costituzione, tra i primi, quando tutti tacevano, ha affermato la grande importanza dell'amministrazione, della riforma dell'amministrazione, dei compiti affidati all'amministrazione. Naturalmente so bene che su questo tema, oggi pomeriggio, è prevista una relazione specifica del professor Federico Sorrentino; però, i temi di oggi – "indirizzo poli-

---

\* In *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin (Padova, 2 Aprile 2001), Padova, Cedam, 2002, pp. 153-4.

tico”, “problema delle fonti del diritto”, “problemi della democrazia partecipativa” – sono molto collegati con la sensibilità dimostrata dal professor Esposito, nel 1949, a proposito di questo argomento. Ho detto “quando molti tacevano”: ed infatti, tra i professori di diritto amministrativo, in quegli anni, tutti ritenevano che l’entrata in vigore della Costituzione non avesse determinato delle sostanziali modifiche, per quanto riguardava l’interpretazione delle norme del diritto amministrativo. Nella prima edizione delle *Lezioni di diritto amministrativo* (1950) di Massimo Severo Giannini non c’è neppure una pagina sul problema delle norme costituzionali relative all’amministrazione e, più in generale al diritto amministrativo; Guido Zanolini, ancora nel 1954, osservava, nel suo *Corso di diritto amministrativo*, che la Costituzione, a proposito del diritto amministrativo, non aveva introdotto alcuna novità di rilievo. Ebbene, nel 1949 Esposito, perlomeno con due riferimenti, ha avuto il merito di anticipare i tempi in modo a mio avviso ammirevole.

Il primo riferimento riguarda l’affermazione a proposito dell’importanza che assume il ruolo dell’amministrazione nell’attuare l’articolo 3 della Costituzione: riguardo al primo comma di tale disposizione, che dichiara tutti i cittadini uguali davanti alla legge e, riguardo al secondo comma, nello svolgimento del compito, assegnato dal Costituente ai pubblici poteri, e dunque anche e soprattutto all’amministrazione, di promuovere i diritti dei cittadini, anche di fronte ad ostacoli che ne possano, eventualmente, limitare l’esercizio. Questo è un punto molto importante che, secondo me, merita di essere qui ricordato.

Un secondo riferimento vorrei coglierlo facendo un’osservazione relativa alla relazione di Ugo Rescigno, il quale parlava, giustamente, di partecipazione del cittadino alla vita democratica. Quando, qualche anno fa, ho avuto il compito di definire i lemmi per l’aggiornamento delle voci dell’*Enciclopedia del diritto* ho ritenuto di proporre agli amici della direzione, in modo particolare al presidente del comitato di direzione, prof. Angelo Falzea, una voce sulla partecipazione dei cittadini all’attività amministrativa: in questa mia proposta, accolta dalla direzione dell’*Enciclopedia*, non c’era soltanto il ricordo dell’importante contributo di Mario Nigro – *Il nodo della partecipazione* (1980) –, ma anche il ricordo di quella pagina di Esposito, nella quale egli osservava quanto sarebbe stato importante, nella vita quotidiana dell’agire amministrativo, ottenere che dalla logica del segreto si

passasse ad una logica della massima pubblicità. Nelle relazioni di questa mattina sono state dette cose molto interessanti sulla esigenza dello svolgimento in pubblico dei compiti dei pubblici poteri, chiamati ad operare pubblicamente, davanti a tutti.

Un'altra osservazione la vorrei fare, con riferimento a quanto detto da Rescigno, quando, con un ricordo di carattere autobiografico che mi è sembrato particolarmente interessante, egli ricordava che, di fronte alla sua richiesta se fosse giustificata un'eventuale ricerca scientifica sulle regioni, Esposito con fermezza affermava: «Non c'è dubbio che si possa ritenere giustificata, perché qui si tratta di anticipare sul piano scientifico importanti soluzioni. È vero che non ci sono ancora, nell'ordinamento italiano, delle disposizioni legislative di legge ordinaria per la disciplina normativa delle regioni previste dalla Costituzione ma c'è in quest'ultima una prefigurazione dello Stato a livello regionale». È un periodo che io ben ricordo, quello dei primi anni dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale, essendomi laureato in Giurisprudenza a Roma nel 1957, ed avendo cominciato a svolgere attività di ricerca alla fine degli anni '50: era allora molto comune affermare, soprattutto tra i professori di discipline diverse dal diritto costituzionale, che lo studioso del diritto, il giurista, dovesse limitarsi ad interpretare lo *ius conditum* e non potesse fare delle valutazioni che si riferissero allo *ius condendum*. A mio avviso è stato un grande merito degli studiosi del diritto costituzionale, come Carlo Esposito, – per i quali naturalmente la differenza rispetto agli altri giuristi era determinata dal fatto che, per loro, per i costituzionalisti c'era già uno *ius conditum*, c'era la carta costituzionale – di avere sottolineato l'importanza di approfondimenti culturali riguardanti il grande tema dell'attuazione costituzionale, proprio negli anni nei quali in molte altre discipline era invece prevalente la tendenza a ritenere che non fosse opportuno parlare di istituti, per esempio, come il divorzio, o la riforma del diritto di famiglia o di problemi come quelli relativi alla previsione di discipline sulle minoranze religiose più compatibili con le norme e i principi costituzionali, tendenza contrastata da chi riteneva invece importante dare delle indicazioni proprio sul piano scientifico.

Un'ultima osservazione la voglio fare a proposito di quello che più volte si è osservato con riferimento alla crisi del principio di legalità. Che il principio di legalità sia in crisi è dimostrato, tra l'altro, dalla frequenza con la quale, nell'elaborazione delle fonti del diritto,

assistiamo alla prevalenza delle norme diverse dalla legge sugli atti normativi emanati dal parlamento, alla tendenziale prevalenza del diritto europeo sul diritto nazionale, alla grande rilevanza che hanno in questi anni, rispetto alle norme del diritto positivo, i principi delle regole dettate dal giudice. Su questi temi desidero ricordare il grande contributo di Livio Paladin, nei suoi manuali di diritto costituzionale e diritto regionale, nel volume, edito dal Mulino, sulle fonti del diritto e nella voce “Ragionevolezza” preparata per l’*Enciclopedia del diritto* proprio nei mesi in cui Paladin già non stava bene.

Al principio tradizionale di legalità, si è andato sostituendo un principio di essenziale “predeterminazione normativa”. Ebbene, in una nota a sentenza del 1962 sul “giusto procedimento” – «Principio di legalità e “giusto procedimento”» – pubblicata nella rivista *Giurisprudenza costituzionale*, Vezio Crisafulli aveva sottolineato proprio la necessità che, come essenziale riferimento per l’agire amministrativo, vi fosse, vi dovesse essere, un prioritario atto normativo. In questo senso è felice la formula dell’articolo 103 della Costituzione spagnola, nella quale si prevede l’obbligo di osservanza nei confronti della legge e del diritto, perché è questo il principio che, in un certo senso, ha preso il posto dei concetti tradizionali di riserva di legge e di principio di legalità. Il discorso sarebbe certamente assai lungo e di grande complessità, ma mi è sembrato importante richiamare qui l’attenzione sull’importante contributo fornito in proposito da un grande maestro come Vezio Crisafulli.

## *Stato di attuazione della riforma didattica (“3+2”). Il diritto amministrativo (Ius/10)\**

SOMMARIO: 1. Ricostruzione del dibattito. - 2. Le offerte formative delle facoltà. Novità rispetto alla relazione del 5 ottobre 2001 (*omissis*).

### *1. Ricostruzione del dibattito*

Il resoconto che qui presento per il prossimo Consiglio direttivo dell'Associazione del 31 maggio 2002 si pone in diretto collegamento con la relazione da me presentata al terzo convegno dell'Associazione dei professori di diritto amministrativo, svoltosi a Palermo il 5 ottobre 2001<sup>1</sup>: nell'impossibilità di fare ora una nuova elaborata ricerca, sui siti delle varie facoltà e università, riguardante gli insegnamenti di diritto amministrativo previsti nei numerosissimi corsi di laurea e di laurea specialistica che prevedono tali insegnamenti, questo contributo in realtà si limita a riferire le novità che sono state fornite alla richiesta inviata ai colleghi a mio nome dalla Dott. Alessandra Battaglia e alla richiesta indirizzata dal Dott. Alessandro Tonetti, che sta lavorando alla valutazione degli insegnamenti del diritto amministrativo nelle facoltà diverse da quelle di giurisprudenza: ringrazio il Dott. Alessandro Tonetti per la cortesia con la quale il mese scorso mi ha riferito le risposte a lui pervenute.

Prima di riportare le indicazioni deducibili da tali risposte, vorrei però indicare alcuni problemi sui quali a me pare necessario che l'Associazione dei professori di diritto amministrativo e, in particolare, il Consiglio direttivo dell'Associazione prendano una posizione o,

---

\* In *Annuario* dell'AIPDA (*Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*), Milano, Giuffrè, 2002, pp. 653-78. Nella versione qui riportata vengono omesse le pagine 9-42 del testo della mia relazione, contenenti dati e informazioni che possono ritenersi oggi superati.

<sup>1</sup> La mia relazione è pubblicata nell'*Annuario 2001* dell'Associazione, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 209-79: alla relazione è seguito un ampio dibattito, la cui sintesi, a cura di A. BATTAGLIA, è pubblicata *ivi*, pp. 281-89.

per lo meno, valutino le prospettive che si stanno elaborando nell'attuazione e nella mancata attuazione della riforma didattica nelle università italiane.

Credo che sia noto a tutti i colleghi che, nonostante la scarsa attenzione con la quale questo problema è seguito dai mezzi di informazione di massa, migliaia di professori e milioni di studenti in questi mesi «stanno realizzando e cominciando a sperimentare una riforma profonda, la prima in questo campo nella storia repubblicana»<sup>2</sup>.

La riforma del sistema didattico iniziata con la dichiarazione della Sorbona nel 1998 ha posto pesanti responsabilità ad atenei e professori: le risposte non sono state uniformi nelle varie sedi e nei vari corsi laurea, nella maggior parte dei quali la riforma è stata comunque avviata e i ragazzi si sono iscritti, nel novembre 2001, al primo anno del nuovo ordinamento, sperando di potere concludere gli studi nel nuovo sistema. Alcune università hanno fornito un eccezionale sforzo progettuale con un impegno che, in molti casi, ha coinvolto anche gli studenti. In alcune sedi universitarie e, in particolare, in alcune facoltà si è manifestata tuttavia un'opposizione pregiudiziale per l'attuazione della riforma. Poiché tra queste facoltà credo si possano annoverare alcune facoltà di giurisprudenza, e poiché il diritto amministrativo è materia di fondamentale importanza soprattutto nelle facoltà di giurisprudenza, mi sembra che sia giunto il momento nel quale i membri dell'Associazione dei professori di diritto amministrativo e dell'Associazione dei costituzionalisti italiani prendano posizione sul problema, se non altro per evitare che la soluzione della dibattuta questione dell'attuazione della riforma didattica sia affidata all'improvvisazione della politica e all'iniziativa di singoli docenti contrari all'attuazione della riforma e capaci di influire sugli orientamenti di chi ha il compito di decidere.

In un articolo pubblicato su *La Stampa* il 9 aprile scorso l'amico Massimo Luciani, che già in precedenza era intervenuto sul tema, ha criticato la riforma didattica, sul fondamento soprattutto di due considerazioni: la prima è che i percorsi della laurea triennale e della successiva laurea specialistica sono interamente sovrapponibili; la

---

<sup>2</sup> Cfr. in proposito, A. SCHIAVONE, *La controriforma degli Atenei*, in *la Repubblica*, 17 maggio 2001, p. 15.

seconda è che in soli tre anni non si possono gettare le basi di una proficua prosecuzione specialistica degli studi. Pur conoscendo la serietà e l'impegno del collega Luciani, con il quale ho avuto una felice, anche se breve, esperienza di lavoro comune in una facoltà universitaria, non credo che le due affermazioni siano esatte. A me pare che occorre contestare la tendenza, che si è troppo sviluppata nelle tradizioni dei corsi universitari degli studi giuridici, ad assegnare al corso di laurea un impianto enciclopedico e che è necessario invece concentrare l'attenzione sulle possibilità, che a mio avviso sussistono, di impostare l'insegnamento universitario sui fondamenti culturali della formazione del giurista e sui nuovi metodi di insegnamento/apprendimento e di verifica della preparazione degli studenti.

Non va comunque dimenticato che il passato non è facilmente difendibile se è vero che la media degli studenti universitari si laurea all'età di 28,1 anni, per cui i laureati si avvicinano al reclutamento per il lavoro verso i 30 anni, in forte ritardo rispetto ai laureati nelle altre università europee (22, 23 e 24 anni è la media degli studenti che conseguono la laurea nelle università di Francia, Gran Bretagna e Germania); in particolare per gli studi giuridici l'esperienza insegna che su 100 immatricolati in giurisprudenza 65 si perdono per strada, e solo 35 riescono a laurearsi: di questi ultimi, 5 faranno gli avvocati, i magistrati e i notai; gli altri 30 svolgono altre e importanti professioni, che implicano anch'esse conoscenze giuridiche, ma di impianto diverso.

Notizie preziose per una valutazione del sistema universitario italiano e per una considerazione della questione universitaria nel panorama italiano ed europeo possono dedursi dal IV rapporto sul profilo dei laureati italiani, che verrà presentato a Trento il 13 giugno 2002 nel convegno su *La performance del sistema universitario* e che è possibile consultare su internet ([www.almalaurea.it](http://www.almalaurea.it)).

Lo schema organizzativo della riforma, il cosiddetto 3+2 con i titoli di primo e di secondo livello (in realtà è anche necessario considerare il periodo dei due anni successivi al conseguimento della laurea specialistica, per cui giustamente si osserva che il sistema dovrebbe meglio definirsi come quello del 3+2+2), esprime un'offerta formativa più ampia rispetto a quella del vecchio ordinamento; pur dovendo qui ribadire che, senza un consistente potenziamento delle risorse destinate all'università, difficilmente il nuovo schema potrà produrre

risultati migliori rispetto al passato, occorre tuttavia ritenere che la scelta dell'autonomia degli atenei con una più chiara responsabilità decisionale delle diverse sedi rappresenta un'occasione preziosa per la realizzazione di buoni risultati collegabili alla capacità progettuale dei singoli atenei.

Nel dibattito, a mio avviso di grande interesse, che è seguito alla già ricordata mia relazione al convegno di Palermo, sono emersi alcuni punti di vista che mi sembra qui opportuno richiamare.

È in atto una scissione – ha osservato Mario Chiti – tra le facoltà di giurisprudenza e le altre facoltà nelle quali si insegnano materie giuridiche; il diritto amministrativo ha avuto un insperato successo nel quadro della riforma in facoltà che non lo conoscevano nemmeno o lo conoscevano solo marginalmente, come le facoltà scientifiche e tecnico professionalizzanti, che hanno ora, direttamente o indirettamente, corsi di diritto amministrativo, molto più numerosi rispetto a quelli previsti prima dell'inizio della riforma didattica. Siamo non soltanto di fronte ad una differenziazione tra le facoltà di giurisprudenza e le «altre» facoltà, ma anche ad una differenziazione tra le varie facoltà di giurisprudenza, perché non tutte le facoltà giuridiche mirano esclusivamente alla preparazione alle professioni tradizionali. Questo dato pone molti e complicati problemi collegati all'esigenza di prevedere anche una differenziazione tra i materiali didattici previsti per la preparazione degli studenti.

Per la preparazione alle professioni tradizionali degli studi giuridici – magistrato, avvocato, notaio – sono previsti tre anni per la laurea, due anni per la laurea specialistica e un anno per la scuola di specializzazione (è questo un aspetto richiamato nel dibattito da Enrico Follieri); si ha l'impressione che le facoltà di giurisprudenza stiano pianificando un corso di studi del biennio mirato alle professioni, trascurando la preparazione per i pubblici funzionari; la conseguenza potrebbe essere che la laurea biennale nelle facoltà di giurisprudenza si prospetti soltanto come una laurea per magistrati e professionisti e che chi vuole invece fare il funzionario pubblico nelle istituzioni venga attratto dalla laurea specialistica di altre facoltà, considerando che molte facoltà diverse da giurisprudenza si stanno preparando a prevedere un biennio specialistico per le pubbliche amministrazioni, le carriere nelle organizzazioni internazionali ecc. (è il profilo posto in rilievo da Aldo Bardusco, il quale osserva che la situazione delle

facoltà di giurisprudenza e decisamente precaria, come è dimostrato dal fatto che le iscrizioni alle facoltà giuridiche sono in calo da sette o otto anni (in Lombardia anche del 30%).

Un'opinione favorevole alla riforma ha espresso nel dibattito Ernesto Sticchi Damiani, il quale, premesso che la maggior parte dei laureati in giurisprudenza non sono né magistrati, né avvocati, né notai, corrisponde ad una giusta esigenza di razionalizzazione prevedere che a coloro che non saranno né avvocati, né notai, né magistrati venga offerto un ordine degli studi in qualche modo differenziato e che se ne anticipi l'accesso al mercato.

Decisamente contrari alla riforma didattica prevista dal ministero sono stati, nel dibattito al Convegno di Palermo, gli interventi di Leopoldo Mazzarolli e di Salvatore Raimondi. Mazzarolli ha definito «contraddittoria» la pretesa di avere una laurea completa triennale e, nello stesso tempo, una laurea che è preparatoria a fare gli avvocati, i giudici e i notai: sono due esigenze inconciliabili; un ulteriore motivo di fallimento della riforma è consistito nella tendenza della maggior parte delle facoltà a collegare la previsione dei crediti universitari alle ore di lezione, agli esami e alle pagine di testo da studiare, con la conseguenza che si faranno lezioni ed esami come prima, ma con testi più facili e con meno pagine da studiare. Raimondi, considerato che coloro che hanno conseguito la laurea triennale, possono accedere soltanto agli impieghi pubblici e privati e, per quanto concerne i primi, non alla dirigenza, per la quale occorre la laurea specialistica (la laurea triennale consente di accedere soltanto alla posizione direttiva e solo dopo cinque anni alle funzioni dirigenziali) e che ben pochi saranno i «giuristi d'impresa» assorbiti dall'impiego privato, pur augurandosi di sbagliare prevede un probabile fallimento della riforma

Ho voluto riportare sinteticamente alcune delle osservazioni espresse durante il dibattito al convegno di Palermo, perché si tratta di temi e problemi che hanno tuttora importanza nella valutazione della questione dell'attuazione della riforma didattica. Molte obiezioni sono certamente fondate, anche se in molti casi si tratta di discutere e talora criticare, più che le scelte del legislatore che ha avviato la riforma, i comportamenti di chi ha il compito di perseguire l'obiettivo dell'attuazione della riforma didattica con impegno, fantasia e senso di responsabilità.

Sono trascorsi sette mesi da quel dibattito e dalle notizie che si

apprendono si può constatare che, con particolare riferimento alla posizione delle facoltà di giurisprudenza, anche se non mancano molte e significative esperienze favorevoli all'attuazione della riforma (ricordo in particolare l'esperienza della facoltà giuridica di Firenze, ma molte altre esperienze andrebbero qui ricordate), si è formato uno schieramento vasto e composito che, anziché attendere che entri pienamente in funzione il nuovo sistema previsto dalla riforma didattica e si concluda il primo triennio di sperimentazione, è impegnato nel tentativo di ottenere, per le facoltà di giurisprudenza, l'introduzione di deroghe destinate a perseguire l'obiettivo di diversificazione e di separazione rispetto alla riforma prevista per tutte le altre facoltà. Credo che si tratti di una strategia sbagliata e mi auguro che al problema venga dedicata l'attenzione che l'importanza della questione merita.

*2. Le offerte formative delle facoltà. Novità rispetto alla relazione del 5 ottobre 2001 (omissis).*

## *Origini storiche e fondamento costituzionale del principio d'imparzialità delle pubbliche amministrazioni\**

Il problema della c.d. *separazione* tra politica e amministrazione più correttamente va posto in termini di *rapporto* tra politica e amministrazione perché la nozione di “separazione” può risultare fuorviante. Se si ricercano le motivazioni che hanno contribuito a enfatizzare il profilo della separazione, occorre considerare che gli ultimi vent'anni del secolo scorso sono stati caratterizzati da un intreccio tra i due livelli – quello delle decisioni degli obiettivi e quello della predisposizione degli strumenti per perseguirli – che ha determinato l'impossibilità di risalire alle responsabilità tanto dei politici quanto degli amministratori; in troppi casi questo ha condotto anche a forme degenerative di vera e propria corruzione della vita pubblica che vanno condannate come espressioni patologiche dei moderni sistemi amministrativi. La reazione a questo stato di cose, che quando non consentiva forme di illegalità determinava ugualmente un sistema inefficiente e inefficace, è stato un richiamo alla soluzione della separazione tra il lavoro dei politici e quello degli amministratori. Secondo questo schema i politici, quale che sia il livello di governo che essi occupano, devono decidere indirizzi e definire obiettivi, astenendosi dall'intervenire in materia di amministrazione attiva; gli amministratori devono adottare le soluzioni gestionali e operative per conseguire gli obiettivi della loro attività, e il loro operato è sindacabile dagli stessi politici attraverso un controllo che non è quello di legittimità sul singolo provvedimento, ma quello che attiene alla qualità dell'intera gestione.

Alcuni studiosi, tuttavia, evidenziano come una schematizzazione così rigida sul tema della separazione sia, anche sul piano logico, poco corretta: si sottolinea infatti che una neutralizzazione (dalla politica) dell'azione amministrativa sia possibile solo in teoria,

---

\* In *queste istituzioni*, 30 (2003), pp. 130-31, 145-50 e in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005.

mentre l'evidenza empirica dimostra come la scelta degli strumenti, o del complesso di strumenti, concretamente utilizzabili, sia tutt'altro che di natura esclusivamente tecnica. La stessa politica non può essere del tutto estranea alle scelte operative, ben capaci di incidere sulla attualità e attuabilità degli obiettivi da essa fissate. La linea di demarcazione tra funzioni di indirizzo e responsabilità gestionali è certamente labile e mutevole.

In questa prospettiva va esaminato il rilievo che assume il c.d. *principio di imparzialità delle pubbliche amministrazioni*, contemplato nell'art. 97 cost., per il quale la realizzazione dell'interesse pubblico non deve mai essere disgiunta dal rispetto della giustizia. In proposito è necessario tenere presente il collegamento fra l'art. 97, che appunto esige il rispetto dell'imparzialità, e l'art. 3 cost., che vincola il legislatore al rispetto dell'uguaglianza giuridica (Richiamava giustamente l'attenzione su tale collegamento C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954; v. anche ID., *Riforma dell'amministrazione*, cit. in riferimenti bibliografici). L'obbligo di imparzialità imposto all'amministrazione non contrasta con la posizione di *parte* che è inerente all'amministrazione stessa nei suoi rapporti con i soggetti destinatari dell'azione amministrativa: come ha precisato con la consueta chiarezza Costantino Mortati: «L'imparzialità esige che l'amministrazione, nell'imporre ai singoli gli obblighi concreti necessari a soddisfare le pubbliche esigenze, o nell'accertare l'osservanza di limiti posti alla loro libertà non solo si sottragga ad ogni influenza perturbatrice che provenga da maggioranze parlamentari, o da gruppi di pressione ecc., ma anche effettui nell'esercizio del potere discrezionale una sufficiente valutazione di tutti gli elementi di giudizio necessari per giungere ad un'equa decisione, che contemperi, per quanto possibile, le esigenze pubbliche e quelle dei privati evitando ogni sacrificio a carico di costoro che non risulti necessariamente richiesto» (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1°, Padova, Cedam, 1991, p. 373).

Le origini del principio di imparzialità possono rinvenirsi nella battaglia condotta dagli esponenti della destra storica (vanno soprattutto ricordati Silvio Spaventa e Marco Minghetti), allo scopo precipuo di evitare l'ingerenza dei partiti politici nella giustizia e nell'amministrazione.

Affermava Marco Minghetti che «l'ufficio dello Stato è di sottopor-

re l'interesse di ogni cittadino e di ogni classe all'interesse pubblico; il governo di partito inverte la gerarchia e sottopone l'interesse pubblico ai suoi propri interessi sicché in luogo di partiti che governano vi è un governo di partiti» (M. MINGHETTI 1944 (rist.) *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Roma, 1944; cfr. anche S. SPAVENTA 1949 *Giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949, rist.).

Si affermò anche che mentre l'introduzione del governo parlamentare «trovava già fermo e indiscusso il principio di indipendenza degli organi incaricati della funzione giudiziaria», nel campo dell'amministrazione civile, invece, non preesisteva alcuna indipendenza degli organi. Di conseguenza, nei confronti dei ministri gli impiegati amministrativi «non apparivano essere altro che gli esecutori dei loro ordini, i loro commessi» (E. PRESUTTI (1899) *Lo Stato parlamentare e i suoi impiegati amministrativi*, Napoli, 1899).

È per questa ragione che uno dei modi per realizzare l'auspicata imparzialità apparve quello di assicurare all'amministrazione delle garanzie nei confronti del ministro, soprattutto attraverso la protezione degli impiegati.

Il principio venne codificato a livello costituzionale nell'art. 98, il quale statuisce che «i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione».

Come ha rilevato in assemblea costituente Costantino Mortati, questo articolo risponde all'esigenza di garantire una certa indipendenza dei funzionari al fine di «avere un'amministrazione obiettiva della cosa pubblica e non un'amministrazione dei partiti» (C. MORTATI, *Atti assemblea costituente*, II sottocommissione, sez. 1, 14.1.1947, p. 12).

In una lunga fase il principio ebbe un'accezione meramente negativa nel senso che la pubblica amministrazione, nello svolgimento della sua attività, non dovesse subire alcuna ingerenza da parte dei partiti politici determinando così un distacco tra politica e amministrazione.

La dottrina più recente tuttavia pone in rilievo l'esigenza di non confondere l'influenza eventualmente negativa proveniente dai partiti politici con l'indirizzo politico che invece l'amministrazione dello stato e degli enti pubblici è tenuta a realizzare.

Mentre nel diritto costituzionale si esaminano le disposizioni intese a limitare il diritto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati, i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia

e i rappresentanti diplomatici, nel diritto amministrativo il principio di imparzialità si esprime nell'esigenza di garantire una valutazione comparativa di tutti gli interessi legislativamente tutelati (parzialità = parte, imparzialità = tutto).

Se dunque il principio di imparzialità rappresenta indubbiamente un'applicazione del principio di eguaglianza giuridica, esso costituisce al contempo anche un aspetto particolare di quel principio di legalità che rappresenta il più importante principio costituzionale riguardante l'organizzazione e l'azione delle pubbliche amministrazioni.

La dottrina più recente afferma che i principi di trasparenza (la legge parla di pubblicità, ma nella prassi è più usato il termine "trasparenza", principio sul quale si fondano gli istituti della pubblicità degli atti amministrativi, del dovere di motivazione e dell'accesso ai documenti), di tempestività (va in proposito ricordata l'importante disposizione dell'art. 2 l. n. 241 del 1990, ai sensi del quale per ogni procedimento deve essere precisato il termine per la sua conclusione), di ragionevolezza: cfr. P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1993; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, II, Bologna, Monduzzi, 1998, p. 1222, che assegna valore "assoluto" e centrale al principio di ragionevolezza, ritenendo che esso abbia i suoi riferimenti nei principi costituzionali di uguaglianza, imparzialità e buon andamento) e di proporzionalità (cfr. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998, il quale osserva che «la proporzionalità attiene alla misura del potere amministrativo e rinviene la propria giustificazione negli artt. 3, 97 e 113 Cost., e nel principio inespreso di giustizia sostanziale, che presiede e governa lo svolgimento del sindacato di legittimità del giudice amministrativo (ivi, pp. 318-20), principi considerabili come una proiezione allargata ed aggiornata del principio di imparzialità delle pubbliche amministrazioni (cfr. in tal senso G. MORBIDELLI, *op. ul. cit.*, p. 1222), attengono ai rapporti tra amministrazione e amministrati, garantendo che l'azione della prima sia svolta nel rispetto dei secondi (cfr. l'approfondita e aggiornata analisi di F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 75-112, spec. pp. 95 ss.).

A mio avviso sarebbe contraddittorio che proprio quando la dottrina e la giurisprudenza hanno individuato sempre più raffinati

strumenti di tutela degli interessi dei privati nei loro rapporti con le pubbliche amministrazioni, mediante l'adozione di nuove formule e la previsione di istituti di diritto sostanziale e processuale e di specifici principi che vanno rispettati dalle amministrazioni stesse, e sono tutti ricollegabili al principio di imparzialità contemplato nella carta costituzionale a garanzia dell'operato delle pubbliche amministrazioni, siano ammissibili una legislazione e una prassi tendenti a privilegiare eccessivamente i poteri della classe politica nei confronti della dirigenza statale e idonei a determinare il risultato di un pregiudizio dell'indipendenza di giudizio dei dirigenti e di un ostacolo all'esercizio imparziale delle funzioni pubbliche ad essi conferite. In proposito meritano di essere condivise le considerazioni critiche di R. Alesse (*Il lento e inarrestabile declino della dirigenza dello Stato*, in *Giur. cost.*, 45 (2000), pp. 1931 ss.), il quale osserva che «la ricerca spasmodica di assimilare la pubblica amministrazione all'impresa privata, attraverso l'adozione di moduli organizzativi non più fondati su provvedimenti autoritativi, ma su regole contrattuali (e, quindi, di mercato), evidenzia tutta la sua intrinseca fragilità che affonda le sue radici nella mancata consapevolezza di tener sempre distinta la logica statale da quella imprenditoriale». In proposito si può vedere anche l'interessante nota di richiami del medesimo autore alla recente ordinanza (n. 11, del 30 gennaio 2002), con la quale la Corte costituzionale ha espresso l'avallo della giurisprudenza costituzionale alla privatizzazione del pubblico impiego nel suo impianto generale, e le due note di commento all'ordinanza di N. Lupo (*L'estensione della contrattualizzazione ai dirigenti generali supera il vaglio della Corte costituzionale*, ivi, 47 (2002), pp. 83-92) e L. Panzeri (*Dal regime pubblicistico alla privatizzazione della dirigenza generale*, ivi, 92-102).

### *Note bibliografiche*

- R. ALESSE, *Il lento e inarrestabile declino della dirigenza dello Stato*, «Giur. cost.», 45, 2000, pp. 1931 ss.
- U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965.
- U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in «Dig. IV, Disc. Pubbl.», 8, 1993, pp. 131-9.

- A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1979.
- E. CANNADA BARTOLI, *Imparzialità e buon andamento in tema di scrutini di merito comparativo*, in «Foro amm.», 40, II, 1964, pp. 72-5.
- M. CARDUCCI, “*Negoziazione politica*” e “*imparzialità*” della Pubblica Amministrazione, in «Giur. cost.» 36, 1991, n. 2, p. 1516.
- S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in «Riv. it. scienze giur.», 22, 1968, p. 47; Id., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 1973.
- A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1973.
- C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, pp. 245-62.
- M. S. GIANNINI, *L'ordinamento dei pubblici uffici e la costituzione*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, Bari, 1979, pp. 90-105.
- N. LUPO, *L'estensione della contrattualizzazione ai dirigenti generali supera il vaglio della Corte costituzionale*, «Giur. cost.», 47, 2002, pp. 83-92.
- L. PANZERI, *Dal regime pubblicistico alla privatizzazione della dirigenza generale*, «Giur. cost.», 47, 2002, 92-102.
- A. PINELLI, *Imparzialità, buon andamento e disciplina differenziata del rapporto di lavoro dirigenziale*, in «Giur. cost.», 41, 1996, pp. 2584, ss.
- G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in «Dir. proc. amm.», 2, 1984, pp. 433-43.
- L. SANDULLI NAPOLEONI, *L'imparzialità dell'azione amministrativa*, in «Foro amm.», 62, 1989, p. 2404.
- F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in «Enc. giur.», 15, 1989, pp. 1-7.

## *Torniamo alla Costituzione\**

L'ordinanza con la quale, in applicazione dell'art. 700 del codice di procedura civile, il tribunale di L'Aquila, in data 22 ottobre 2003, ha deciso la rimozione del crocifisso dalle aule di un istituto scolastico di Ofena, merita di essere commentata considerando anche i toni della polemica politica e giornalistica scaturita dalla vicenda.

Nel commentare la decisione, molti non hanno tenuto conto di quali sono i compiti spettanti ai giudici italiani nell'attuale periodo storico (il futuro si presenta invece assai incerto). Con riferimento a tali reazioni occorre ricordare la sorprendente e direi preoccupante esternazione televisiva del presidente della repubblica, che è anche il presidente del consiglio superiore della magistratura, il quale, ritenendo evidentemente errata la decisione del giudice, ne ha auspicato la riforma, in base ad un ragionamento che, come ha osservato Andrea Guazzarotti (nel *Forum* di *Quaderni costituzionali*), «sembra affidarsi allo “spirito del popolo”, piuttosto che al dettato normativo – anche costituzionale – vigente». I giudici non possono certo limitarsi, come taluni pretenderebbero, ad *applicare* il diritto, giacché essi hanno anche il compito di *interpretare* le disposizioni normative: per fortuna non è stata finora approvata dal parlamento una delle più gravi e pericolose proposte di riforma della giustizia, consistente nel sottoporre a sindacato politico la funzione affidata ai giudici di interpretare le norme prima di emettere le loro pronunce.

Qualche considerazione merita, innanzi tutto, la questione relativa alla natura del provvedimento emesso dal giudice, che si è espresso mediante un'ordinanza e non una sentenza (inesattamente si è invece assai spesso parlato di una «sentenza che ordina la rimozione del crocifisso»): si tratta di un provvedimento di urgenza e non di una sentenza definitiva, una decisione dunque che nel merito deve essere

---

\* In *Critica liberale*, 10 (2003), n. 96, 171-3; in [www.forumquadernicostituzionali.it](http://www.forumquadernicostituzionali.it) e in [www.sergiolariccia.it](http://www.sergiolariccia.it).

ancora approfondita; non è un atto definitivo e nulla impedisce che un'ordinanza urgente di accoglimento del ricorso si trasformi in una sentenza di rigetto. L'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 700 c. p. c., in particolare, è un provvedimento giurisdizionale con il quale «chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile» può chiedere al giudice provvedimenti d'urgenza «più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito». Prima di pronunciarsi il giudice deve verificare il *fumus boni juris* e il *periculum in mora*, due requisiti che il giudice, con ampia motivazione, ha ritenuto sussistenti nella specie, sul fondamento di considerazioni che mi sembrano condivisibili. Con riferimento al requisito del *fumus*, il giudice ha ritenuto che sussiste un diritto inviolabile e costituzionalmente garantito in capo ai ricorrenti e che tutte le disposizioni successive agli atti normativi con i quali venne stabilita la presenza del crocefisso nelle aule scolastiche e venne previsto l'obbligo del preside di provvedere perché tale simbolo figurasse in ogni aula, smentiscono e di fatto aboliscono la «logica della confessione cattolica come istituzione religiosa privilegiata», ponendo tutte le religioni sullo stesso piano di tutela. Per quanto riguarda il requisito del *periculum in mora*, il giudice ha ritenuto, a mio avviso giustamente, che la circostanza di fatto dell'esposizione del crocefisso è di per sé sufficiente per ritenere la sussistenza dell'imminenza del pregiudizio.

Augusto Barbera, un collega noto per la sua competenza e per il suo equilibrio, ha osservato, in un'intervista rilasciata al *Corriere della sera* del 26 ottobre 2003, che, poiché l'esposizione del crocefisso è prevista da atti aventi forza di legge e da norme tuttora in vigore, il giudice non poteva disattenderli ed avrebbe dovuto inviare gli atti alla corte costituzionale e cioè al giudice naturale sulla costituzionalità delle leggi. Non penso di potere condividere tale punto di vista, e tuttavia l'obiezione merita un'attenta considerazione.

Come avviene sempre più spesso, in un ordinamento come quello italiano caratterizzato da una grande varietà e frammentarietà di disposizioni legislative, che si sono succedute nel tempo nei tre periodi storici del liberalismo, del fascismo e dell'Italia repubblicana e democratica, in molti casi è assai difficile individuare con esattezza da quali disposizioni sia disciplinata una determinata fattispecie. Eppure

si tratta di un compito che ogni giudice deve svolgere con scrupolosa completezza per evitare che le sue pronunce siano fondate su un'errata interpretazione del diritto.

Dopo che, nel 1857, una circolare aveva previsto la presenza del crocefisso nelle scuole con riferimento alla legge 22 giugno 1857, n. 2328 (c. d. legge Lanza), l'apposizione del crocefisso nelle aule scolastiche venne prevista dalla circolare del ministero della pubblica istruzione 22 novembre 1922, che precede di due anni la riforma Gentile realizzata con l'approvazione del r. d. 1° ottobre 1923, n. 2185. Dopo la riforma Gentile, due sono le disposizioni che, nel ventennio fascista, prevedono la presenza del crocefisso nelle aule scolastiche: l'art. 118 r. d. 30 aprile 1924, n. 965 *sull'Ordinamento interno delle giunte e degli istituti di istruzione media* («Ogni istituto ha la bandiera nazionale; ogni aula l'immagine del Crocefisso») e l'art. 10 e allegato C al r. d. 26 aprile 1928, n. 1297, di approvazione del *regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare*.

Si trattava di atti normativi di natura regolamentare che il giudice non avrebbe potuto impugnare davanti alla corte costituzionale, considerando che alla corte costituzionale, in base all'art. 134 della costituzione, che si riferisce a “leggi ed atti aventi forza di legge”, è istituzionalmente sottratto il sindacato sui regolamenti. Sulla natura di norme regolamentari delle norme in questione avevano convenuto il consiglio di stato, che, nel parere della III sezione del 27 aprile 1988, n. 63, aveva ritenuto non abrogate le citate disposizioni di natura regolamentare, la corte di cassazione, con la sentenza della IV sezione penale 1° marzo 2000, n. 439, con la quale si è deciso che la rimozione del simbolo del *crocefisso* da ogni seggio elettorale si muovesse nel solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale in termini di laicità e di pluralismo, e la stessa avvocatura dello stato, nel corso del giudizio davanti al tribunale di L'Aquila, la quale ha sostenuto la perdurante vigenza della disciplina normativa in questione, ma non ha affatto contestato la natura regolamentare della medesima.

Sottratti al controllo della corte costituzionale, i regolamenti sono sottoposti al regime degli atti amministrativi: essi sono dunque *diapplicabili* dal giudice ordinario qualora risultino in contrasto con norme di fonte legislativa.

Più complesso, come ha giustamente osservato Giovanni Cimbalo in un interessante commento dedicato all'ordinanza (nel *Forum cit.*),

si presenta il problema di valutare se una norma di legge ordinaria sussistesse, in tema di affissione dei crocefissi nelle aule scolastiche, dopo l'approvazione della legge 28 luglio 1967, n. 641, il cui art. 30 disciplinava la materia dei *Sussidi per l'arredamento di scuole elementari e medie*, e dopo l'emissione della circolare 19 ottobre 1967, n. 361, che, nell'allegato B, richiamando gli artt. 120 e 121 del già ricordato r. d. n. 1297 del 1928 e l'art. 30 della legge n. 641 del 1967, stabiliva le formalità per la richiesta di contributi, da compilarli a cura dei comuni, per provvedere alla fornitura dell'arredo scolastico e, come primo arredo, considerava proprio il crocefisso. In questa materia vi è stata tuttavia una successiva legislazione che induce a ritenere abrogata la precedente normativa (legge e circolare) del 1967: in particolare vanno considerati la legge 23 dicembre 1991, n. 430 e il d. lgs. 16 aprile 1994, n. 297, di *approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado*, che, negli articoli riguardanti l'arredo scolastico – art. 2 della legge n. 430 del 1991 e artt. 107 (scuole materne), 159 (scuole elementari) e 190 (scuole medie) del d.lgs. n. 297 del 1994 – non fanno alcuna menzione del crocefisso come arredo. Così l'art. 159 d. lgs. n. 297 del 1994 stabilisce che «Spetta ai comuni provvedere [...] alle spese necessarie per l'acquisto, la manutenzione, il rinnovamento del materiale didattico, degli arredi scolastici, ivi compresi gli armadi o scaffali per le biblioteche scolastiche, degli attrezzi ginnici [...]». L'art. 676 del testo unico, con riferimento alla materia scolastica regolata in precedenza, stabilisce: «Le disposizioni inserite nel presente testo unico vigono nella formulazione da esso risultante; quelle non inserite restano ferme *ad eccezione delle disposizioni contrarie od incompatibili con il testo unico stesso, che sono abrogate*» [il corsivo è mio].

Questa disposizione, il cui significato a me sembra chiaro, determina l'abrogazione della disciplina che in precedenza prevedeva la presenza del crocefisso nelle aule scolastiche. La disciplina legislativa del 1994, che contiene tutte «le disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione», si pone in una prospettiva completamente diversa rispetto a quella che negli anni precedenti, e quindi anche nella legislazione (legge e circolare) del 1967, aveva indotto il legislatore a prevedere l'obbligatoria presenza del crocefisso nelle aule scolastiche. Il discorso potrebbe essere assai lungo ed è qui consentito

soltanto fare un rapido cenno. L'art. 1 d. lgs. n. 297 del 1994, la cui rubrica non a caso ha come titolo *Formazione e personalità degli alunni e libertà di insegnamento*, esplicitamente afferma la finalità di «promuovere, attraverso un confronto aperto di posizioni culturali, la piena formazione della personalità degli alunni»; l'art. 2 (*Tutela della libertà di coscienza degli alunni* [...] nel n. 1 prevede che «L'azione di promozione di cui all'articolo 1 è attuata nel rispetto della coscienza morale e civile degli alunni»; l'art. 118, a proposito delle finalità della scuola elementare, stabilisce che «La scuola elementare [...] concorre alla formazione dell'uomo e del cittadino secondo i principi sanciti dalla Costituzione e nel rispetto e nella valorizzazione delle diversità individuali, sociali e culturali. Essa si propone lo sviluppo della personalità del fanciullo promuovendone la prima alfabetizzazione culturale»; l'art. 309, a proposito dell'insegnamento della religione cattolica, stabilisce che nelle scuole pubbliche non universitarie di ogni ordine e grado l'insegnamento della religione cattolica è disciplinato dall'accordo tra la Repubblica italiana e la Santa Sede e relativo protocollo addizionale [...]); l'art. 311 fonda sul diritto di garantire «la libertà di coscienza di tutti» il diritto degli alunni delle scuole pubbliche non universitarie di avvalersi o di non avvalersi di insegnamenti religiosi.

I principi vigenti in materia scolastica dopo l'approvazione del d. lgs. n. 297 del 1994 sono coerenti con le disposizioni costituzionali, che sono espressamente richiamate nel testo, e modificano il quadro legislativo vigente in precedenza; in particolare, il richiamo alla disposizione contenuta nell'art. 1 del protocollo addizionale, che esplicitamente abroga il principio della religione cattolica come sola religione dello stato, deve indurre a ritenere abrogate le disposizioni sull'affissione obbligatoria del crocefisso.

Giustamente si osserva nell'ordinanza che l'oggetto del ricorso riguarda la questione della laicità delle istituzioni: affermazione che assume grande importanza nella specie in quanto, se non è in questione soltanto la libertà di religione degli alunni, ma anche la neutralità di un'istituzione pubblica, non è possibile prospettare una realizzazione del principio di laicità dello stato e della libertà di religione dei consociati "a richiesta", rendendosi invece necessaria una soluzione che sia connaturata all'operare stesso dell'amministrazione pubblica.

Il pluralismo religioso e culturale, sulla cui importanza nel sistema

costituzionale possono leggersi le sentenze della corte costituzionale 12 aprile 1989, n. 203 e 14 gennaio 1991, n. 13, può realizzarsi soltanto se l'istituzione scolastica rimane imparziale di fronte al fenomeno religioso. L'imparzialità dell'istituzione scolastica pubblica di fronte al fenomeno religioso deve realizzarsi attraverso la mancata esposizione di simboli religiosi piuttosto che attraverso l'affissione di una pluralità di simboli, che – si osserva giustamente nell'ordinanza – non potrebbe in concreto essere tendenzialmente esaustiva e comunque finirebbe per ledere la libertà religiosa negativa di coloro che non hanno alcun credo.

Pluralismo religioso e culturale, libertà di coscienza e di religione per tutti, eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, eguale libertà delle confessioni religiose, imparzialità dei poteri pubblici di fronte al fenomeno religioso, laicità delle istituzioni civili: sono questi i principi sui quali è fondata la decisione emessa dal giudice nell'ordinanza riguardante la rimozione del crocefisso dalle aule scolastiche. L'opinione che, in conclusione, vorrei qui esprimere riguarda la necessità di ribadire la supremazia del diritto, quello che nel mondo anglosassone si definisce *the rule of Law*: senza il diritto non c'è libertà ma arbitrio; e sempre più si afferma l'esigenza che la costituzione, con le sue disposizioni, i suoi principi consolidati e i suoi valori, sia fonte di garanzia per tutti. Fa piacere che un giudice lo abbia ritenuto un principio irrinunciabile per la democrazia e la giustizia nel nostro paese.

## *Una legge a garanzia della laicità?\**

A differenza di altre costituzioni, come per esempio quella italiana, che non affermano esplicitamente un principio di laicità come elemento fondante dello stato e dell'ordinamento, la costituzione francese del 4 ottobre 1958, nell'art. 2, dichiara che «La France est une République [...], laïque [...]»: una disposizione quest'ultima che va interpretata anche con riferimento alla legge francese del 9 dicembre 1905 relativa alla separazione delle chiese e dello stato. Come è noto, quando, nei giorni precedenti l'approvazione della carta dei diritti di Nizza del 15 dicembre 2000, venne proposto l'inserimento di una formula nel preambolo che facesse riferimento alle radici cristiane dell'Europa, fu proprio Jacques Chirac che dichiarò che la Francia non poteva approvare un testo che chiaramente configgeva con il carattere di laicità espressamente contemplato come valore essenziale della repubblica francese: e giustamente tale riferimento non è stato poi inserito neppure nel preambolo della costituzione europea tuttora in fase di approvazione.

I giuristi sanno che le disposizioni normative contenute nella carte dei diritti, nelle costituzioni, nelle leggi e in tutti gli atti normativi di un ordinamento sono proprio previste per creare “sensibilità” per il rispetto di certi valori e la rilevanza di certi principi: e le sensibilità per il rispetto di valori e la rilevanza di principi sono naturalmente diverse in ordinamenti con differenti tradizioni storiche e con costituzioni ispirate a principi assai diversi tra loro.

È questa una delle ragioni che spiega perché in Italia l'esigenza di rispettare il valore della laicità delle istituzioni civili suscita di solito limitata attenzione nelle aule parlamentari e nella società civile e il problema in merito all'opportunità di approvare una legge sulla libertà religiosa riguarda soltanto alcuni studiosi di diritto ecclesiastico e di diritto costituzionale e alcune minoranze di cittadini impegnati nel ma-

---

\* In [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

nifestare con passione le idee nelle quali credono, come è dimostrato dal fatto che, nella disattenzione generale, da anni un disegno di legge governativo sul tema è in attesa di essere approvato dal parlamento, anche perché il testo normativo proposto suscita giustificate apprensioni da parte di chi teme che la sua approvazione, nonostante il suo titolo, possa determinare gravi conseguenze per i diritti di libertà e di uguaglianza dei cittadini e delle formazioni sociali. In Francia ha suscitato invece in questi giorni un vivace dibattito la conoscenza di un rapporto presentato da una commissione presieduta dal professore e deputato Bernard Stasi e composta da quaranta saggi, che nel luglio scorso era stata incaricata da Jacques Chirac di studiare la questione detta della «laicità», dopo che lo stesso Chirac aveva dichiarato con enfasi «La laicità non è negoziabile». «La realtà che abbiamo scoperto – ha dichiarato il professor Stasi – è più grave di quanto ci aspettassimo: l'unità della Repubblica è in pericolo». La commissione, dopo centoventi audizioni e consultazioni, ha concluso i suoi lavori e fatto le sue proposte che si possono così sintetizzare: introduzione di norme più precise rispetto a quelle previste dalle disposizioni normative (leggi e circolari) già esistenti e approvazione di una legge chiarificatrice intesa a preservare il principio di laicità che in Francia, come si è detto, al contrario che in altri paesi d'Europa, ha dignità di principio costituzionale (solo uno dei componenti la commissione ha votato contro la soluzione dell'approvazione di una legge), via dalla scuola e dai luoghi pubblici tutti i segni «ostentatori di appartenenza religiosa e/o politica» (in pratica niente velo o foulard islamico, no a una grande croce esposta sopra i vestiti, no alla kippà ebraica), suggerimento che diventino giorni di vacanza scolastica la festa ebraica del Kippur e quella musulmana dell'Aid-el-Kebir e che ai dipendenti sia consentito di mettersi in ferie in una delle due feste. Secondo quanto risulta dalla lettura dei quotidiani, se il presidente Chirac si orienterà a favore della soluzione consistente nel prevedere una legge (la sua decisione è prevista per mercoledì 17 dicembre) è probabile che, al là di possibili contrasti nel dibattito parlamentare, destra e sinistra all'assemblée possano trovarsi d'accordo nel trasformare in legge e quindi in divieti le raccomandazioni della commissione.

Da quello che si apprende, la società francese è divisa, come rivela un sondaggio (realizzato dall'istituto CSA), dal quale risulta che il 57% dei francesi è favorevole a una legge chiara che metta al bando nelle

scuole veli, croci e kippà, mentre il 41% è contrario (e solo il 2% – dato significativo – dichiara di non avere un’opinione sulla questione): e le donne sono meno favorevoli degli uomini perché più preoccupate della sorte che toccherà alle ragazze espulse dalla scuola. Le comunità cattoliche, protestanti e ortodosse hanno espresso la convinzione che «non è attraverso una legge che verranno risolte positivamente le difficoltà attuali»; contro la soluzione della legge si è anche espresso il consiglio francese del culto musulmano, mentre più sfumata è la posizione delle istituzioni ebraiche. Diverso è l’orientamento che emerge in un appello al presidente Chirac pubblicato dal magazine *Elle*, firmato da trecento attrici, scrittrici e intellettuali: «In quanto garante della Costituzione – si legge nell’appello – vi chiediamo solennemente, al di là del principio della laicità, al quale teniamo tutte profondamente, di difendere con la più grande intransigenza il principio dell’eguaglianza dei sessi [...] Il velo islamico ci rimanda tutte, musulmane e non musulmane, a una discriminazione verso le donne che è intollerabile. Ogni compiacenza a questo riguardo sarà percepita da ogni donna di questo paese come una violazione personale della propria dignità e libertà».

I problemi in discussione sono assai complessi e non possono certo essere tutti esaminati in una breve nota di commento. Eppure è forse possibile esprimere un’opinione che in sintesi riesca a cogliere alcuni degli aspetti fondamentali della problematica. Le questioni pratiche esaminate nel rapporto Stasi e sintetizzate nell’affermazione che in Francia ognuno deve essere libero di manifestare la propria appartenenza religiosa e/o politica ovunque ma non nei luoghi pubblici si pongono ormai in ogni paese dell’Europa occidentale, nei quali esistono attualmente società fortemente multietniche, multireligiose e multiculturali nelle quali assume fondamentale importanza l’esigenza di integrazione delle popolazioni provenienti da altri continenti: non sarebbe dunque un male se, al di là delle comprensibili esigenze di rispetto per i diversi principi costituzionali vigenti nei singoli paesi d’Europa, le soluzioni adottate avessero un criterio di riferimento comune che tenesse conto dell’opinione che il principio di laicità debba intendersi oggi come un principio riferito a un modello di “neutralità attiva” delle istituzioni che impone, 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» (cfr. F. RIMOLI, *Laicità*, in *Dizionario costituzionale* a cura di M. AINIS, Roma-Bari, Laterza, 2000, 269).

Nei diversi paesi d'Europa vi sono molte ragioni che inducono a ritenere opportune scelte di politica legislativa che non pongano lo stato e le istituzioni al di sopra delle persone: in proposito, ha ragione a mio avviso chi sottolinea alcuni elementi in comune fra uno stato, come quello francese, che sembra orientarsi a favore del divieto legislativo di “ostentare” il proprio credo religioso e/o politico, e uno stato, come quello italiano, che si propone di impedire alla donna di accedere alla maternità (o di interromperla): in ambedue i casi si tratta, sia pure con evidenti differenze di modalità e di criteri, di forme di supremazia dello stato nei confronti dei diritti di libertà delle persone che, in tempi nei quali tanto si parla del rispetto di fondamentali esigenze di “sussidiarietà”, devono valutarsi con giustificata preoccupazione.

Vi è infine molta differenza, come ha giustamente osservato di recente Stefano Ceccanti in una nota di commento nel *forum* telematico della rivista *Quaderni costituzionali* sul problema de “I crocefissi nelle scuole pubbliche tra fede e cultura”, tra i vincoli che si possono imporre al personale scolastico e alle istituzioni, nei cui confronti incombono maggiori doveri di neutralità, considerando il rilievo che in questi casi assume il modo in cui l'istituzione «si presenta ed è obiettivamente percepita», e i vincoli che si possono invece opporre ai singoli studenti nella vita scolastica e, più in generale, alle persone umane negli ospedali, nelle carceri e nei più svariati aspetti della vita associata: cittadini e non cittadini titolari di fondamentali diritti di libertà costituzionalmente garantiti e meritevoli di protezione nell'espressione delle loro personalità e identità.

## *1953-2003. Temi e problemi del diritto amministrativo in cinquant'anni di esperienza giuridica\**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Attività interna ed esterna delle pubbliche amministrazioni. Attività di diritto comune (o privato) e attività di diritto pubblico. - 3. L'attività delle pubbliche amministrazioni e le disposizioni costituzionali. - 4. Il principio di buon andamento. - 5. L'imparzialità amministrativa. - 6. Conclusioni.

1. *Premessa.* - Quando si ha occasione di partecipare con un proprio scritto a un'iniziativa promossa per onorare un amico, viene spontaneo ripensare all'attività di studio e di impegno professionale dell'amico che si intende onorare e spesso si vorrebbe trovare un tema, un'esperienza che consentano di collegarsi al suo lavoro e, perché no, alle sue speranze, ai suoi propositi ed obiettivi, alle sue passioni e ai suoi ideali, che in molti casi hanno rappresentato speranze, propositi ed obiettivi comuni, passioni e ideali condivisi. Ho conosciuto Sergio Ristuccia nel 1965 quando, dopo avere vinto il concorso per referendario della corte dei conti, ho avuto occasione di conoscere colleghi di grande valore e di forte impegno professionale, alcuni dei quali, e tra questi anche Sergio, che aveva allora trentadue anni, sono poi divenuti miei carissimi amici.

Nel titolo del mio scritto figura l'indicazione di un periodo – 1953-2003 – che corrisponde a cinquant'anni che per me e per Sergio comprendono i diversi momenti degli studi universitari, dell'esercizio dell'attività di magistrati della corte dei conti, dell'attività professionale di avvocati, per Sergio delle responsabilità di direzione di importanti enti di ricerca e della rivista *queste istituzioni*, per me del mestiere di professore universitario.

In questo lungo periodo vi è stato un settore al quale abbiamo costantemente dedicato attenzione: quello che, con espressione

---

\* In AA.VV., *Coltivare istituzioni, istituire cultura. "Festschrift" per Sergio Ristuccia*, Roma, 2003, pp. 197-216.

ampia, ma penso significativa, potrei definire la vita amministrativa in Italia. È del 1980 il bel libro di Sergio Ristuccia che, con il titolo *Amministrare e governare. Governo parlamento e amministrazione nella crisi del sistema politico*, è il risultato, come si legge a p. XI dell'Introduzione, di «un lavoro di osservazione compiuto, per anni, sui fatti e sui meccanismi istituzionali e sulle idee espresse intorno alle istituzioni non tanto dalle discipline scientifiche quanto dalle culture politiche. [...] si tratta delle carte di un osservatore critico: sono note di lettura e spunti polemici, documenti di lavoro, relazioni a convegni, saggi editi e inediti che traggono origine dalle ricerche svolte o dirette presso il Centro Studi della Fondazione Adriano Olivetti, dalla collaborazione con periodici vari [...] e, infine dall'esperienza professionale di magistrato della Corte dei conti per molti anni addetto al controllo sugli enti pubblici. Sono le carte (...) di un intellettuale che è un professionista “generalist”, come si direbbe altrove, del mondo istituzionale e amministrativo». Mi piace qui ricordare che tra le persone alle quali si dichiara gratitudine per l'aiuto e i consigli forniti durante la preparazione del libro figura anche il nome di Piero Ricci, amico carissimo mio e di Sergio.

Il volume rappresenta tuttora un'analisi di eccezionale interesse sui fatti e sui protagonisti della vita amministrativa e politica in Italia, con particolare riferimento al periodo di osservazione in esso preso in esame, che è quello degli anni settanta.

2. *Attività interna ed esterna delle pubbliche amministrazioni. Attività di diritto comune (o privato) e attività di diritto pubblico.* - Ritornando a una fase un po' più lontana nel tempo, e rammentando gli anni cinquanta nei quali Sergio ed io abbiamo studiato il diritto amministrativo in una facoltà di giurisprudenza, può essere interessante ricordare alcuni temi e problemi che nella ricerca giuridica e nella cultura politica di questo lungo periodo hanno sempre rappresentato una parte importante, pur avendo avuto assai spesso diverse impostazioni e soluzioni nel corso del tempo.

Tra le distinzioni alle quali si attribuiva grande importanza, all'inizio del periodo qui considerato, vi erano quelle tra attività interna ed esterna delle pubbliche amministrazioni e tra attività di diritto privato e attività di diritto pubblico.

Attività interna della p. a. si definisce l'attività che non assume

normalmente rilevanza per l'ordinamento generale: essa si esaurisce all'interno degli uffici, determinando la nascita di situazioni soggettive attive o passive solo fra i titolari dello stesso ente. Il problema della definizione dei caratteri che assume l'attività interna dell'amministrazione<sup>1</sup>, si collega ai concetti di organizzazione interna e di democrazia all'interno delle formazioni sociali e, dal punto di vista della produzione degli atti normativi, alle nozioni di norme interne e di circolare amministrativa, questioni, queste ultime, alle quali la dottrina e la giurisprudenza hanno dedicato costante attenzione in questi anni.

Con specifico riferimento ai regolamenti, la questione della natura interna di un atto dell'amministrazione assume rilevanza a proposito dell'impugnabilità di tali atti, in quanto si ritiene comunemente non ammissibile il ricorso giurisdizionale contro gli atti interni (così come contro gli atti preparatori, gli atti di mera esecuzione, gli atti confermativi, gli atti di contenuto normativo, quali regolamenti e circolari), in quanto ritenuti atti non idonei ad arrecare una lesione immediata dell'interesse del privato.

L'attività esterna della pubblica amministrazione assume sempre rilevanza giuridica per l'ordinamento generale e incide dunque sulla sfera giuridica di terzi, cioè di soggetti diversi dai titolari degli uffici. Vi sono però dei comportamenti interni dell'amministrazione in grado di incidere sulla legittimità di atti esterni: ed è una questione di grande importanza quella di individuare soluzioni che non determinino ingiusti sacrifici delle situazioni giuridiche soggettive dei privati.

A proposito della distinzione fra attività di diritto privato, o, come meglio ora si dice, di diritto comune e attività di diritto pubblico<sup>2</sup>, è noto che, per il raggiungimento dei propri fini, la pubblica amministrazione non necessariamente deve porre in essere rapporti pubblicistici, giacché, qualora sussistano ragioni di opportunità, essa può benissimo ricorrere a rapporti di natura privatistica (tipico esempio è quello dell'acquisto, da parte della pubblica amministrazione, di

---

<sup>1</sup> Cfr. E.. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1950.

<sup>2</sup> V. ora, per un'attenta e aggiornata valutazione di tutti i problemi relativi a tale distinzione, Giulio NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

azioni di società private, al fine di realizzare obiettivi di controllo mediante l'azionariato di stato con i mezzi offerti dal diritto privato).

La distinzione tra attività amministrativa di diritto pubblico e attività amministrativa di diritto comune (o privato) è una distinzione di carattere storico, essendo destinata a mutare nel tempo, a seconda delle diverse posizioni che l'ordinamento giuridico ed il sistema politico assumono nei confronti dei rapporti fra i cittadini e lo stato. Come può constatare chiunque abbia rapporti con i pubblici poteri, l'amministrazione dello stato e degli altri enti pubblici si avvale, per la realizzazione dei suoi fini, oltre che della potestà pubblica, anche dei mezzi giuridici ordinariamente propri dei privati: ed è questa una tendenza che va attualmente sviluppandosi. Naturalmente non è tanto la sostanza dell'attività dell'amministrazione a individuare la natura pubblica o privata dell'attività stessa, quanto piuttosto il regime giuridico cui l'ordinamento la sottopone.

La distinzione qui esaminata si collega alla questione della natura pubblica o privata dei rapporti tra amministrazioni e dipendenti e tra amministrazioni e cittadini: rapporti tradizionalmente configurati come aventi natura pubblicistica, in coerenza con la definizione del nostro sistema come sistema a diritto amministrativo; ma sono sempre esistite, e sono attualmente in espansione le aree del diritto comune – con particolare riferimento ai beni, al contratto, al fatto illecito e alle obbligazioni – nelle quali strumenti propri e tipici dell'azione amministrativa sono stati e sono quelli del diritto comune. È auspicabile che in futuro le aree di diritto comune e gli strumenti di diritto comune volti a disciplinarle aumentino sempre più di numero e di importanza.

In questa direzione era anche impostata la riforma delle disposizioni costituzionali riguardanti le attività delle pubbliche amministrazioni. Nel testo approvato il 4 novembre 1997 era infatti previsto un sostanziale adeguamento della disciplina relativa alle pubbliche amministrazioni a quella vigente in campo privatistico per quanto riguarda i rapporti con i propri dipendenti (art. 107, c. 4) e con i cittadini (art. 106, c. 2). Si prevedeva così in via generale, salvo i casi determinati dalla legge:

1) che ai dipendenti pubblici si applicassero le leggi generali in materia di rapporti di lavoro, rappresentanza sindacale e contrattazione collettiva, tutela giurisdizionale;

2) che le pubbliche amministrazioni agissero secondo le norme

del diritto privato e fossero *civilmente* responsabili dei danni arrecati ai terzi.

L'attività amministrativa deve svolgersi nel perseguimento del compito assegnato alle pubbliche amministrazioni di soddisfare il pubblico interesse. E tuttavia, mentre in passato, nell'esercizio dei pubblici poteri, sussisteva una rigorosa distinzione tra attività autoritative e attività contrattuali, con lo stato di diritto, negli ordinamenti a diritto amministrativo, nei quali l'attività contrattuale è divenuta prevalente rispetto a quella autoritativa, anziché di distinzione fra attività pubblica e privata, è più opportuno parlare di rapporti retti dal diritto pubblico e rapporti disciplinati dal diritto privato (o dal diritto comune).

Le potestà pubbliche riconosciute alle pubbliche amministrazioni si esprimono mediante un atto autoritativo per eccellenza che è il provvedimento amministrativo. Questo è un atto regolato dalla legge che attribuisce ad esso il potere di incidere sulle situazioni giuridiche soggettive dei privati: il rapporto fra pubbliche amministrazioni e situazioni soggettive dei privati si qualifica con riferimento al rapporto dialettico fra autorità e libertà<sup>3</sup>. Il diritto amministrativo comprende, tra le sue parti più importanti, lo studio degli istituti volti a limitare il contenuto e l'esercizio delle potestà pubbliche, a garantire agli amministrati la possibilità di conoscere lo svolgersi dell'attività amministrativa, a vincolare l'attività autoritativa con regole verificabili: di qui l'importanza delle parti dedicate alla discrezionalità amministrativa, al procedimento amministrativo, al diritto processuale amministrativo.

3. *L'attività delle pubbliche amministrazioni e le disposizioni costituzionali.* - L'attività delle pubbliche amministrazioni è retta da una serie di principi, alcuni dei quali trovano fondamento nelle norme costituzionali, che riguardano l'attribuzione e il riconoscimento di libertà e di diritti fondamentali.

---

<sup>3</sup> Cfr. in proposito le pagine di M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 253, il quale giustamente sottolinea l'importanza dell'elemento di mediazione tra i due termini del rapporto dialettico (autorità-libertà) che è costituito dal procedimento amministrativo e ricorda che vi sono molte attività dell'amministrazione che non sono esercizio di autorità, quali le attività conoscitive e quasi tutte quelle attinenti all'erogazione dei pubblici servizi.

Il primo di questi principi è il principio di legalità, la cui enunciazione applicativa si trova nell'art. 23 cost. e in molte altre disposizioni costituzionali.

Principi strumentali rispetto a quello di legalità sono i seguenti:

principio di buon andamento (art. 97 cost.);

principio di imparzialità (art. 97 cost.);

principio di azionabilità (artt. 24, 28 e 113 cost.);

principio di riesame dell'atto;

i principi previsti nell'art. 1 della l. n. 241 del 1990;

principio di nominatività, che, con riferimento al provvedimento amministrativo, esprime l'esigenza che quest'ultimo corrisponda all'intitolazione che la norma dà al potere esercitato mediante il provvedimento: es., l'amministrazione non può emettere una concessione nelle ipotesi in cui il legislatore prevede la possibilità di emanare un'autorizzazione;

principio di tipicità, riguardante sia il provvedimento che il procedimento, che impone l'adozione di forme tipiche di atti e di procedimenti: è un principio richiamato per la soluzione del problema dell'apponibilità di clausole particolari – quelle che nel negozio giuridico di diritto privato si chiamano elementi accidentali del negozio: condizione, termine, modo –; un quesito per il quale la risposta negativa deriva dalla limitatezza dell'autonomia negoziale consentita alle pubbliche autorità, che induce ad escludere, per le attività disciplinate dal diritto pubblico, la libertà consentita ai privati di dare vita a negozi innominati o a negozi misti: le clausole stesse possono ritenersi però ammissibili laddove non introducano alterazioni sostanziali alla struttura tipica dell'atto; il vizio riguardante una di tali clausole non comporta inoltre l'invalidità dell'intero atto in quanto, dato il loro carattere non essenziale, l'invalidità dell'atto cui esse sono apposte sarebbe incompatibile con il principio di conservazione, che richiede di vedere utilizzata nella maggiore misura possibile l'attività giuridica validamente esplicita (*utile per inutile non vitiatur*);

principio di articolazione, che riguarda esclusivamente il procedimento ed esige che questo sia conforme a regole di correttezza e di democraticità, mediante un'articolazione prevista in fonti normative e perciò rispettosa del principio di legalità.

Una tipica ed importante caratteristica del provvedimento amministrativo è la sua inoppugnabilità, espressione con la quale si

indica che il provvedimento non può essere impugnato da coloro che si ritengono ingiustamente lesi, dopo che siano decorsi i termini di decadenza previsti per i ricorsi amministrativi: 30 giorni dalla piena conoscenza del provvedimento amministrativo, per l'opposizione e per il ricorso gerarchico (proprio ed improprio); 120 giorni dalla piena conoscenza del provvedimento stesso, per il ricorso straordinario al capo dello stato.

Altri principi riguardanti esclusivamente il procedimento amministrativo sono i seguenti:

principi del contraddittorio e di partecipazione delle parti al procedimento;

principio di pubblicità;

principio di parità procedurale.

Il più importante dei principi costituzionali sull'attività amministrativa, come si è già osservato in precedenza, è il principio di legalità; l'attività autoritativa dei pubblici poteri è vincolata all'osservanza di norme che regolano il contenuto e gli effetti giuridici dei suoi atti: negli stati di diritto sono validi soltanto gli atti esplicitamente previsti dalle norme e soltanto gli atti che non siano in contrasto con le norme stesse. Il principio di legalità è un criterio organizzativo, insieme politico e giuridico, in forza del quale l'ordinamento giuridico deve essere costituito da norme generali ed astratte che vincolano ogni attività giuridica: l'attività giurisdizionale, in quanto applicazione delle norme al caso concreto, e l'attività amministrativa, in quanto attività regolata dalla legge per la cura dell'interesse pubblico.

Il principio di legalità si era già affermato sotto il vigore dello statuto albertino ed ha una grande importanza in molte costituzioni degli stati democratici di diritto. Chiara ed espressiva è, per esempio, la formula contenuta nell'art. 103 c. 1 della costituzione spagnola, la quale prevede che «La amministrazione pubblica persegue con imparzialità gli interessi generali ed agisce [...] con piena sottomissione alla legge e al diritto».

Molte sono le disposizioni della costituzione italiana del 1948 alle quali si è soliti riferirsi nel valutare il principio di legalità [artt. 13 ss. (spec. 23), 97, c. 1, 101, c. 2, 113] ed è assai diffuso l'orientamento di chi considera tale principio in connessione con altri principi desumibili dall'organizzazione costituzionale dei poteri pubblici in Italia, dalla centralità dell'organo parlamentare (l'unico, si ricordi nel quale siano

presenti le minoranze politiche), dallo stato di diritto, dalla separazione dei poteri ecc. Una disposizione di grande chiarezza riguardante i rapporti tra poteri pubblici e cittadini è quella contenuta nell'art. 23 cost., nel quale si stabilisce che «Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge».

Il riferimento alla disposizione dell'art. 23 cost. è importante anche perché questa disposizione, contenuta nella prima parte della costituzione, non è stata considerata nel progetto di revisione costituzionale discusso negli anni 1997-'98, che riguardava, com'è noto, la sola parte seconda della carta costituzionale, e rappresenta dunque un principio che fortunatamente non si è ritenuto di sottoporre a modifiche. In proposito è da ricordare che, mentre nel testo dell'art. 79 del progetto di riforma costituzionale approvato il 30 giugno 1997 il principio di legalità era espressamente indicato come un principio costituzionale dell'attività delle pubbliche amministrazioni, il riferimento al principio di legalità era venuto meno nel testo approvato il 4 novembre dello stesso anno, il cui art. 106 considerava i soli tre principi di imparzialità, ragionevolezza e trasparenza.

Dal punto di vista normativo, la disposizione che attualmente meglio esprime l'esigenza rappresentata dal c.d. principio di legalità è quella contenuta nell'art. 1 c. 1 della l. n. 241 del 1990, nel quale si precisa che «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge [...]», un principio quest'ultimo considerato pacifico nella moderna dottrina del diritto amministrativo italiano<sup>4</sup>. È questo infatti il significato che la più autorevole dottrina attribuisce al principio di legalità, che esprime la soggezione dell'attività amministrativa alla legge o, come ha ben precisato Vezio Crisafulli sin dal 1962, la raffrontabilità dell'atto amministrativo con la previa normativa<sup>5</sup>. In questa prospettiva, quando si parla di legge ci si intende riferire anche agli atti normativi secondari e ai principi generali del diritto scritti o non

---

<sup>4</sup> Cfr. per tutti G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, p. 281 ss., il quale scriveva che «I fini [...] determinati dal legislatore, si impongono per l'obbligo della loro attuazione [...] al potere amministrativo»: questa espressione è sostanzialmente ripresa ora nell'art. 1 della l. n. 241 del 1990, nel quale si precisa che «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge».

<sup>5</sup> V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, VII, 1962, p. 130 ss.

scritti (in questo senso v. la già ricordata formula usata nell'art. 103 c. 1 della costituzione spagnola, che parla di "legge" e di "diritto").

A proposito del principio di legalità si suole distinguere una legalità formale e una legalità sostanziale (tale distinzione assume grande importanza a proposito del rapporto tra legge e regolamento. La legalità sostanziale opera nelle ipotesi in cui l'amministrazione deve agire secondo la legge, e cioè con un'osservanza della legge più "stretta", rispetto a quella prevista per le ipotesi della c.d. legalità formale; mentre la legalità formale esprime l'obbligo di operare nei limiti della legge o sulla base di mere autorizzazioni formali di natura legislativa. Si precisa al riguardo che la legalità sostanziale attiene al provvedimento (inteso nel senso di atto dell'amministrazione costituente manifestazione di volontà, che consiste in statuizioni destinate a provocare modificazioni nei confronti delle situazioni giuridiche soggettive degli interessati); la legalità formale riguarda invece le c.d. attività non autoritative.

Il principio di legalità ha un significato particolare nel diritto penale, nel quale esiste la regola, costituzionalmente rilevante, che nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione del fatto, né con pene che non siano da essa previste, e non può essere sottoposto a misure di sicurezza fuori dei casi previsti dalla legge (art. 25 cost.).

Al principio di legalità si collega quello della riserva di legge, espressione mediante la quale si intende che in determinate materie soltanto la legge può essere fonte normativa. Tale principio è fondato sulla centralità del parlamento nell'organizzazione dei pubblici poteri degli stati democratici, (centralità) che a sua volta si spiega con la maggiore democraticità dell'organo parlamentare, fonte del potere normativo dei sistemi a diritto parlamentare, rispetto alle autorità governative. In concreto, come è noto, sussiste una coincidenza fra maggioranza parlamentare e governo e quindi oggi il principio non ha la stessa rilevanza che esso aveva negli ordinamenti a sistema dualistico, o, meglio, nello stato costituzionale puro, nel quale ricorreva una netta contrapposizione fra la camera elettiva e il governo emanazione della corona: esattamente si è quindi osservato, a proposito dell'attuale rapporto tra legge, come tipica espressione del potere legislativo, e regolamento, come espressione del potere normativo dell'esecutivo, che «nel nostro tempo, se dialettica vi è, questa non

corre [...] tra Governo e Parlamento, ma fondamentalemente tra minoranza parlamentare da un lato, e maggioranza parlamentare ed esecutivo dall'altro»<sup>6</sup>.

A prescindere comunque dalle ipotesi di delibere assunte con il voto segreto, nelle quali è suscettibile di venire meno con maggiore frequenza la coincidenza numerica fra maggioranza parlamentare e volontà governativa, nel parlamento, oltre alle forze di maggioranza, sono presenti le opposizioni; i lavori del parlamento sono pubblici; gli atti del parlamento possono essere controllati dalla corte costituzionale e pertanto la legge ha una posizione preminente tra le fonti del diritto. Ecco perché la disciplina delle materie più importanti – libertà personale (art. 13 cost.), libertà di stampa (art. 21 c. 3 cost.), imposizione di prestazioni personali (es. il servizio militare) e patrimoniali (es. imposizione di tributi) (art. 23 cost.), disciplina della proprietà e dell'iniziativa economica privata (art. 42 ss. cost.), organizzazione dei pubblici uffici (art. 97 c. 1 cost.), accesso agli impieghi pubblici (art. 97 c. 3) – sono riservati alla legge (o ad un atto con forza di legge). In proposito si parla di:

*riserva rinforzata*, quando la costituzione esige che soltanto la legge (o un atto avente forza di legge) disciplini una certa materia e fissa essa stessa i limiti inderogabili dalla legge (es. art. 32 c. 2 cost.);

*riserva assoluta*, quando la materia può essere disciplinata solo dalla legge, senza possibilità di integrazione, specificazione o sviluppo da parte di fonti secondarie come i regolamenti (es., art. 14 cost.);

*riserva relativa*, quando la legge deve delineare le caratteristiche fondamentali della disciplina della materia, mentre le fonti secondarie la completano e la articolano compiutamente (es. art. 97 c. 1 cost.).

4. *Il principio di buon andamento*. - La costituzione considera come regole fondamentali dell'azione amministrativa due principi: quello di buona amministrazione (o di buon andamento) e quello di imparzialità, principi che possono ritenersi anch'essi strumentali rispetto al fondamentale principio di legalità.

In base al principio di buon andamento, per il quale occorre riferirsi

---

<sup>6</sup> A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, Monduzzi, 1994, pp. 165-245, spec. p. 215.

agli artt. 97 e 98 cost., l'azione amministrativa deve sempre operare in funzione dell'interesse pubblico e ispirarsi, per realizzarlo, a quelle regole (non giuridiche) di condotta che suggeriscono quale sia il modo migliore per tale realizzazione. Secondo una interpretazione del principio di buon andamento, il prescindere da tali regole costituisce vizio di legittimità dell'azione amministrativa (eccesso di potere), ma l'erronea applicazione di esse costituisce solo vizio di merito (in quanto erronea applicazione di norme non giuridiche).

Il buon andamento al quale esplicitamente si riferisce l'art. 97 cost. non è esaurito dai profili organizzativi, a torto ritenuti da taluni oggetto diretto ed esclusivo del dettato costituzionale: esso riguarda anche l'attività amministrativa. Solo se valorizzato come canone dell'azione amministrativa, il principio di buon andamento può infatti rappresentare quel penetrante strumento di controllo sull'azione degli organi amministrativi cui lo ha destinato il costituente. Ma il ruolo che in concreto può svolgere il principio costituzionale contenuto nella prima parte dell'art. 97 cost. dipende dalla precisione con la quale l'interprete cura, con rigorosa ricostruzione ermeneutica, la definizione dei valori espressi dalla norma costituzionale.

Durante i lavori dell'assemblea costituente, il presidente della commissione dei 75, on. Meuccio Ruini, osservò, nella sua relazione che «brevi sono gli accenni, per la pubblica amministrazione, al buon andamento e alla sua imparzialità. Un testo costituzionale non poteva dire di più; ma si avverte da tutti il bisogno che il paese sia ben amministrato, che lo stato non sia solo un essere politico, ma anche un buon amministratore, secondo convenienza e secondo giustizia».

È una posizione, che si ricollega al pensiero di Silvio Spaventa<sup>7</sup> e

---

<sup>7</sup> *Giustizia nell'amministrazione*, discorso pronunciato a Bergamo il 6 maggio 1890, che si può leggere, insieme all'altro suo discorso, *La politica e l'amministrazione della Destra e l'opera della Sinistra*, in S. SPAVENTA (1890) *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, Einaudi, 1949, rispettivamente alle pp. 79 ss e 36. ss. Cfr., tra gli altri, sul pensiero di Silvio Spaventa, M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XX, 1970, pp. 715-63; S. RICCI (a cura di), *Silvio Spaventa. Filosofia, diritto, politica*, Napoli, Istituto italiano per gli studi filosofici, 1991; V. CALANIELLO, *Il contributo di Silvio Spaventa alla lotta contro le associazioni criminali (1860-1864)*, in *Nuova Antologia*, CXXV, 1990, p. 255 ss.; G. GUARINO, *È ancora attuale il pensiero di Silvio Spaventa?*, in S. RICCI (a cura di), *Silvio Spaventa...*, cit., pp. 423-35.

di Antonio Salandra<sup>8</sup> e all'affermazione che la politica, la cui presenza nell'amministrazione come direzione e guida è indispensabile, non deve annullarne però le esigenze, che restano fondamentali, sovrapponendo altre "crazie", quali la burocrazia, la tecnocrazia, a quella che guida lo stato moderno, la democrazia<sup>9</sup>.

Ed infatti, la democrazia, «per salvare se stessa ed equilibrare i suoi difetti inevitabili, deve avvalersi «della buona amministrazione, della buona tecnica ecc. Al criterio della giustizia, che deve ispirare lo stato, va accompagnato l'altro della "convenienza" che è compito dell'amministrazione attiva e dei suoi organi di consulenza tecnica»<sup>10</sup>.

Le proposte di soppressione (da parte di Numeroso e Bettiol) o di sostituzione della norma contenuta nell'art. 91 del progetto, quello che poi divenne il vigente art. 97 c. 1 (da parte per esempio di Colitto, che proponeva un articolo contenente il principio secondo il quale «L'organizzazione dell'amministrazione centrale e di quella locale è regolata dalla legge») furono superate dopo le spiegazioni del relatore Egidio Tosato, che difese l'intero articolo, sostenendo che esso conteneva «disposizioni aventi grande importanza costituzionale»<sup>11</sup>.

È qui da ricordare che, con riferimento a tale principio, per un lungo periodo una notevole parte della dottrina ha negato che esso potesse esercitare una pratica influenza sull'operato delle pubbliche amministrazioni. Alcuni autori sottolinearono tuttavia, a proposito dell'art. 97, c. 1 cost., il carattere di novità di «un'importante norma direttiva», osservando che nella disposizione trovava consacrazione costituzionale una norma fondamentale di politica legislativa, contenente «il già noto principio dell'obbligatorietà per gli organi amministrativi delle cosiddette regole di buona amministrazione»<sup>12</sup>, già

---

<sup>8</sup> A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi, con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, Utet, 1904.

<sup>9</sup> M. RUINI, *La pubblica amministrazione nella costituzione*, in *Il corriere amministrativo*, VIII, 1952, n. 4 (febbraio), 174-88, spec. p. 182.

<sup>10</sup> M. RUINI, *La pubblica amministrazione*, cit., in *loc. cit.*, p. 182.

<sup>11</sup> *Atti dell'assemblea costituente*, seduta del 24 ottobre 1947, pp. 1561-2.

<sup>12</sup> R. LUCIFREDI, *La nuova costituzione italiana raffrontata con lo statuto albertino e vista nel primo triennio di sua applicazione*, Milano, Società Editrice Libreria, 1952, p. 246.

presenti negli scritti di Ugo Forti<sup>13</sup> e nel saggio di Resta del 1940<sup>14</sup>. Falzone, il primo autore che nel 1953, al principio costituzionale di buon andamento abbia dedicato una specifica monografia, definiva l'esigenza di buona amministrazione: «un dovere giuridico incombente sulla pubblica amministrazione consistente nel più idoneo, congruo ed opportuno soddisfacimento degli interessi pubblici connessi alle funzioni affidatele»<sup>15</sup>.

È tuttavia da ricordare che, secondo un primo significativo orientamento risalente ai primi anni dopo l'entrata in vigore della costituzione, la dottrina prevalente affermava che il c. 1 dell'art. 97 cost. contemplava una norma solo programmatica<sup>16</sup>: ed è giusta l'osservazione di chi ha ricordato che il destino di tale principio, come del resto di quello di imparzialità contemplato nella stessa disposizione costituzionale, è stato simile a quello che ha caratterizzato molti altri principi costituzionali innovativi rispetto al precedente assetto istituzionale e politico e alla stessa cultura giuridica tradizionale<sup>17</sup>.

Balladore Palleri<sup>18</sup> e Cantucci<sup>19</sup> sostennero, tra gli altri, la teoria della non giuridicità del principio di buon andamento. Crosa parlava di «vaghi principi sulla pubblica amministrazione», previsti dalla costituzione al fine di «garantire l'amministrazione pubblica dalla influenza di ordine politico, di renderla indipendente e al servizio dello stato»<sup>20</sup>.

Guido Zanobini, mio professore di diritto amministrativo alla Sapienza di Roma negli anni 1956-1957, nel suo *Corso* del 1954, a distanza di sei anni dall'entrata in vigore della costituzione, afferma espressamente che «la Costituzione ha un'importanza soltanto re-

<sup>13</sup> *Diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1931.

<sup>14</sup> *L'onere di buona amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, Cedam, 1940, pp. 103-40.

<sup>15</sup> G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 138.

<sup>16</sup> Così, per es., G. FALZONE, *op. cit.*, p. 121.

<sup>17</sup> U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. IV, Disc. pubbl.*, VIII, Torino, Utet, 1993, pp. 131-9, spec. p. 134.

<sup>18</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *La nuova Costituzione italiana*, Milano, Marzorati, 1948, p. 164.

<sup>19</sup> M. CANTUCCI, *La pubblica amministrazione*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), *Commentario sistematico alla costituzione*, Firenze, Barbera, 1950, p. 527.

<sup>20</sup> E. CROSA, *Diritto costituzionale*, Torino, Utet, 1955, p. 410.

mota» per il diritto amministrativo e non menziona neppure i grandi principi dell'art. 97 cost. Giannini, nelle sue *Lezioni* del 1950 e nella voce dell'*Enciclopedia del diritto, Atto amministrativo* edita nel 1958, ignora l'art. 97 cost.<sup>21</sup> (un capitolo sull'art. 97 vi sarà soltanto a partire dal 1960); nelle sue *Lezioni* Giannini nega che il principio del buon andamento dia effettivamente vita ad un vincolo giuridico specifico, diverso dal vincolo generico di funzionalizzazione di tutti i poteri amministrativi al perseguimento di un fine pubblico<sup>22</sup>. Più di recente, pur dubitando che il buon andamento costituisca una nozione giuridica ed affermando che il principio, identificato con quello di efficienza, «non è ancora chiaro in quali comandi giuridici si concreti»<sup>23</sup>, Giannini afferma esplicitamente la soggezione dell'amministrazione al vincolo direttivo proveniente dal principio, «perché vi sono state pronunce di giurisprudenza in tal senso»<sup>24</sup>. Sandulli introdurrà una parte dedicata alle «regole costituzionali dell'azione amministrativa» soltanto nella terza edizione del suo *Manuale di diritto amministrativo*, pubblicata nel 1960.

È stato merito della dottrina più sensibile all'esigenza di attuazione dei principi costituzionali rilevare che anche le norme costituzionali c.d. programmatiche esplicano un'efficacia vincolante nei confronti degli organi amministrativi, in quanto la loro obbligatorietà consiste nella statuizione di un vincolo, di un obbligo per lo stato, e quindi per tutti i suoi organi, nell'esercizio di ogni funzione pubblica<sup>25</sup>. L'art. 97 c. 1 cost. pone un esempio significativo in tal senso, in quanto esso rende inconcepibile lo svolgimento da parte dei poteri pubblici

---

<sup>21</sup> Cfr. in tal senso G. MARONGIU, *Vittorio Bachelet: una nuova idea dell'amministrazione*, in Id., *L'amministrazione in cammino. Una guida alla lettura degli scritti giuridici di Vittorio Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 9; D. SORACE, *Promemoria per una voce "Atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 747-73, spec. p. 765 e U. ALLEGRETTI, *Riforme costituzionali e riforme amministrative*, in *Il Ponte*, XLII, 1996, pp. 62-82, spec. p. 80.

<sup>22</sup> M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1950, p. 280.

<sup>23</sup> M. S. GIANNINI, *Organi (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 43, nt. 9.

<sup>24</sup> M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 263.

<sup>25</sup> Cfr. soprattutto V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 104.

di un'attività amministrativa contrastante con i principi, sia pure programmatici, della costituzione, come se, fino al momento in cui il programma costituzionale non trovi attuazione da parte del legislatore, quei principi fossero destinati a restare inoperanti e privi di efficacia giuridica per le pubbliche amministrazioni<sup>26</sup>.

La dottrina più recente ha precisato che, mentre le c. d. regole di buona amministrazione hanno un carattere limitato e provvedimentoale, in quanto, per ciascun soggetto agente esse si risolvono «nella scelta dei provvedimenti più opportuni in ordine agli interessi primari individuati dall'organizzazione e, con una ponderata (discrezionale) valutazione degli interessi pubblici secondari» e si riferiscono soggettivamente ai singoli soggetti come principio di condotta, «il buon andamento costituisce al tempo stesso un principio di organizzazione ed un obiettivo dell'attività al quale la organizzazione è preordinata»<sup>27</sup>.

Nel 1957 Elio Casetta, a proposito del rapporto fra i tre concetti di buona amministrazione – buon andamento – controllo di merito, aveva ritenuto di escludere qualunque vincolo giuridico a criteri di opportunità<sup>28</sup>, anche in presenza di una disposizione costituzionale, come quella dell'art. 97 che, secondo altri autori<sup>29</sup>, consentiva di riconoscere alle regole di buona amministrazione un rilievo giuridico nell'ordinamento generale dello stato e non soltanto all'interno dell'amministrazione.

Nuovi elementi di riflessione sono stati di recente introdotti a seguito delle novità legislative degli ultimi anni. Il peso crescente delle prestazioni di *welfare* sull'economia nazionale, la maggiore consapevolezza della scarsità delle risorse disponibili e il problema del “cattivo” funzionamento della pubblica amministrazione hanno indotto a riflettere nuovamente sull'importanza del principio del buon andamento e sulla necessità di definire parametri specifici per la sua realizzazione. Ciò ha reso necessario il distacco dall'idea di un'amministrazione “non produttiva” per definizione ed il passaggio

---

<sup>26</sup> V. CRISAFULLI, *ibidem*, p. 21.

<sup>27</sup> A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento*, Padova, Cedam, 1979, p. 21.

<sup>28</sup> *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, VII, 1957, pp. 293 ss., spec. pp. 323 e 327-8.

<sup>29</sup> Ricordo soprattutto V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Ann. dir. comp.*, XXII, 1948, p. 308 ss., spec. p. 331.

ad una più ampia prospettiva di analisi del rendimento degli operatori pubblici, in cui affiancare alle discipline giuridiche e politiche strumenti di valutazione di natura statistico-economica.

A partire da queste premesse si è avviato un profondo processo di riforma degli apparati burocratici, che ha portato ad affermare, accanto al tradizionale parametro di valutazione rappresentato dalla legittimità, nuovi principi operativi quali l'efficienza, l'efficacia e l'economicità, più volte individuati come finalità prioritarie dell'organizzazione e dell'azione amministrativa in numerosi provvedimenti normativi emanati a partire dai primi anni novanta.

Per efficienza si intende il rapporto tra i risultati conseguiti e i fattori produttivi impiegati da un sistema organizzativo in un certo lasso di tempo (per cui risulta essere efficiente quell'organizzazione che ottimizza l'utilizzo delle risorse disponibili, ossia raggiunge i suoi obiettivi minimizzando il consumo di utilità economiche); si definisce invece efficacia il rapporto tra i risultati ottenuti e gli obiettivi prestabiliti (considerando tra i risultati anche la soddisfazione degli utenti rispetto alla qualità dei servizi). È necessario osservare che queste due grandezze sono strettamente interdipendenti, visto che la quantità e la qualità dei risultati conseguiti, e cioè l'efficacia, dipendono per molti aspetti dalle modalità di impiego delle risorse disponibili, e cioè dall'efficienza. Ciò significa che ogni misura di miglioramento dell'efficienza, a parità di *input* di partenza, è in realtà allo stesso tempo anche una misura di miglioramento dell'efficacia. Solo nel caso in cui si fosse già raggiunta l'ottimizzazione della gestione delle risorse sarebbe infatti inevitabile ricorrere ad un incremento dell'*input* per accrescere ulteriormente i risultati ottenibili.

In proposito è opportuno ricordare, innanzitutto, l'art. 1 c. 1 della l. n. 241 del 1990, in cui viene stabilito che «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge, ed è retta da criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità».

Nella stessa direzione si muove il d. lgs. n. 29 del 1993, che individua per la prima volta in forma esplicita una precisa responsabilità dei dirigenti per la realizzazione dei programmi e dei progetti loro affidati, oltre che per la gestione del personale e delle risorse finanziarie e strumentali ad essi assegnate (art. 20 c. 1).

Lo stesso decreto sottolinea inoltre l'importanza dell'introduzione di nuove forme di monitoraggio incentrate sulla rilevazione dei livelli

di produttività conseguiti, imponendo alle amministrazioni l'obbligo di costituire degli appositi servizi di "controllo interno" o dei "nuclei di valutazione" costituiti da esperti nel controllo di gestione, o di stipulare convenzioni con soggetti pubblici o privati particolarmente qualificati per la realizzazione di analisi comparative dei costi e dei rendimenti conseguiti (art. 20 c. 2).

Questo radicale cambiamento di prospettiva ha determinato un'inevitabile trasformazione delle caratteristiche del controllo sull'azione amministrativa, che da mera verifica di legittimità si è pertanto trasformato in una più completa misurazione di *performance* da utilizzare validamente per evitare sprechi, indirizzare le decisioni di allocazione delle risorse, garantire una equa e soddisfacente erogazione delle prestazioni di servizio, individuare adeguate forme di incentivazione del personale, responsabilizzare la classe dirigente e migliorare il livello di comunicazione tra cittadini ed amministratori<sup>30</sup>.

In tal senso è intervenuta la l. n. 20 del 1994, che ha modificato le competenze precedentemente attribuite alla corte dei conti ed ha stabilito che essa «accerta, anche in base all'esito di altri controlli, la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi della legge, valutando comparativamente costi, modi e tempi dello svolgimento dell'azione amministrativa» (art. 3 c. 4).

In questo modo sono state poste le premesse per la realizzazione, anche in ambito pubblico, di veri e propri sistemi di controllo direzionale.

Per controllo direzionale, o controllo di gestione, si intende comunemente quel processo orientato al monitoraggio costante delle attività svolte e dei risultati conseguiti da un qualsiasi operatore, in modo da individuare l'esistenza di possibili miglie o di eventuali disfunzioni ed intervenire conseguentemente per reindirizzarne l'azione.

Esso si articola tradizionalmente in quattro fasi principali: **a)** pianificazione e programmazione; **b)** formulazione del *budget*; **c)** svolgimento e misurazione dell'attività; **d)** *reporting* e valutazione<sup>31</sup>.

Un sistema di controllo direzionale così delineato è tipicamente

---

<sup>30</sup> Per contributi di grande interesse sui problemi esaminati nel testo cfr. il volume a cura di L. IANNOTTA, *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003.

<sup>31</sup> Cfr. in particolare, per la descrizione di tali attività, S. LARICCIA, *Diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, p. 390 ss.

**ciclico ed integrato**, consentendo di dominare in modo completo ogni fase ed ogni differente aspetto del funzionamento delle strutture considerate<sup>32</sup>.

Sulla base di queste premesse il legislatore ha provveduto a delineare le caratteristiche generali della strumentazione tecnica da impiegare per la sua realizzazione, stabilendo che ciascuna amministrazione: organizzi un sistema informativo-statistico di supporto al controllo interno di gestione, alimentato da rilevazioni periodiche, al massimo annuali, dei costi, delle attività e dei prodotti; preveda ed istituisca sistemi per la valutazione, sulla base di parametri oggettivi, dei risultati dell'attività svolta, favorendo ulteriormente l'adozione di carte dei servizi e assicurando in ogni caso sanzioni per la loro violazione e altri strumenti per la tutela dei diritti dell'utente e per la sua partecipazione, anche in forme associate, alla definizione di *standard* di qualità e alla verifica dei rendimenti; definisca periodicamente, e comunque annualmente, specifici indicatori di efficacia, efficienza ed economicità<sup>33</sup>; colleghi l'esito dell'attività di valutazione dei costi e dei risultati all'allocazione annuale delle risorse (art. 17 c. 1, l. n. 59 del 1997).

5. *L'imparzialità amministrativa*. - In base al principio di imparzialità, - anch'esso contemplato nell'art. 97 cost. - la realizzazione dell'interesse pubblico non deve andare disgiunta dal rispetto della giustizia (v. per esempio, prima della sua abrogazione, l'art. 279 t.u. l. comunale e provinciale del 1934). In proposito è necessario tenere presente il collegamento fra l'art. 97, che appunto esige il rispetto dell'imparzialità, e l'art. 3 cost., che vincola il legislatore al rispet-

---

<sup>32</sup> Sull'importanza e l'impatto dell'introduzione di sistemi di controllo di gestione in ambito pubblico cfr. L. ANSELMINI, *Impatto del controllo di gestione sulla contabilità pubblica: flessibilità di gestione e relazione con il bilancio*, in *Il controllo di gestione nelle Amministrazioni centrali, negli Enti locali, nelle aziende municipalizzate e nelle aziende sanitarie*, in Atti del convegno (Milano, 19-20 novembre 1996), Milano, Paradigma, 1996, pp.1-8.

<sup>33</sup> Per indicatore si intende «uno strumento operativo della valutazione, rappresentato da numeri o percentuali che sintetizzano le variabili fondamentali dell'oggetto di valutazione e consentono un confronto temporale o territoriale, quantitativo e qualitativo»: cfr. CNEL, *Le parole della misurazione*, (quaderno di documentazione), Roma, C.N.E.L., 1995.

to dell'uguaglianza giuridica<sup>34</sup>. L'obbligo di imparzialità imposto all'amministrazione non contrasta con la posizione di *parte* che è inerente all'amministrazione stessa nei suoi rapporti con i soggetti destinatari dell'azione amministrativa: come ha precisato con la consueta chiarezza Mortati, «L'imparzialità esige che l'amministrazione, nell'imporre ai singoli gli obblighi concreti necessari a soddisfare le pubbliche esigenze, o nell'accertare l'osservanza di limiti posti alla loro libertà non solo si sottragga ad ogni influenza perturbatrice che provenga da maggioranze parlamentari, o da gruppi di pressione ecc., ma anche effettui nell'esercizio del potere discrezionale una sufficiente valutazione di tutti gli elementi di giudizio necessari per giungere ad un'equa decisione, che contemperì, per quanto possibile, le esigenze pubbliche e quelle dei privati evitando ogni sacrificio a carico di costoro che non risulti necessariamente richiesto»<sup>35</sup>.

Le origini del principio di imparzialità possono rinvenirsi nella battaglia condotta dagli esponenti della destra storica (vanno soprattutto ricordati Silvio Spaventa e Marco Minghetti), allo scopo precipuo di evitare l'ingerenza dei partiti politici nella giustizia e nell'amministrazione.

Affermava Minghetti che «l'ufficio dello stato è di sottoporre l'interesse di ogni cittadino e di ogni classe all'interesse pubblico; il governo di partito inverte la gerarchia e sottopone l'interesse pubblico ai suoi propri interessi sicché in luogo di partiti che governano vi è un governo di partiti»<sup>36</sup>.

Si affermò anche che mentre l'introduzione del governo parlamentare trovava già fermo e indiscusso il principio di indipendenza degli organi incaricati della funzione giudiziaria, «nel campo dell'amministrazione civile, invece, non preesisteva alcuna indipendenza degli organi. Di conseguenza, nei confronti dei ministri gli impiegati

---

<sup>34</sup> Richiamava giustamente l'attenzione su tale collegamento C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 42 ss.; v. anche ID., *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, ivi, p. 256.

<sup>35</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova Cedam, 1991, p. 373.

<sup>36</sup> M. MINGHETTI, *I partiti politici; e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Roma, 1944; cfr. anche S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949, rist.

amministrativi non apparivano essere altro che gli esecutori dei loro ordini, i loro commessi»<sup>37</sup>.

È per questa ragione che uno dei modi per realizzare l'auspicata imparzialità apparve quello di assicurare all'amministrazione delle garanzie nei confronti del ministro, soprattutto attraverso la protezione degli impiegati.

Il principio venne codificato a livello costituzionale nell'art. 98, il quale statuisce che «i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione». Come ha rilevato Costantino Mortati, questo articolo risponde all'esigenza di garantire una certa indipendenza dei funzionari al fine di «avere un'amministrazione obiettiva della cosa pubblica e non un'amministrazione dei partiti»<sup>38</sup>.

In una lunga fase il principio ebbe un'accezione meramente negativa nel senso che la pubblica amministrazione, nello svolgimento della sua attività, non dovesse subire alcuna ingerenza da parte dei partiti politici determinando così un distacco tra politica e amministrazione. La dottrina più recente tuttavia pone in rilievo l'esigenza di non confondere l'influenza eventualmente negativa proveniente dai partiti politici con l'indirizzo politico che invece l'amministrazione dello stato e degli enti pubblici è tenuta a realizzare.

Mentre nel diritto costituzionale si esaminano le disposizioni intese a limitare il diritto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati, i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia e i rappresentanti diplomatici, nel diritto amministrativo il principio di imparzialità si esprime nell'esigenza di garantire una valutazione comparativa di tutti gli interessi legislativamente tutelati (parzialità = parte, imparzialità = tutto).

Se dunque il principio di imparzialità rappresenta indubbiamente un'applicazione del principio di eguaglianza giuridica, esso costituisce al contempo anche un aspetto particolare di quel principio di legalità che, come già visto rappresenta il più importante principio costituzionale riguardante l'organizzazione e l'azione delle pubbliche amministrazioni.

La dottrina più recente afferma che i principi di trasparenza<sup>39</sup>,

---

<sup>37</sup> E. PRESUTTI, *Lo Stato parlamentare e i suoi impiegati amministrativi*, Napoli, 1899.

<sup>38</sup> C. MORTATI, *Atti ass. cost.*, II sottocommissione, sez. I, 14.1.1947, p. 12.

<sup>39</sup> La legge parla di pubblicità, ma nella prassi è più usato il termine "trasparenza",

tempestività<sup>40</sup>, ragionevolezza<sup>41</sup> e proporzionalità<sup>42</sup> tutti considerabili come una proiezione allargata ed aggiornata della imparzialità<sup>43</sup>, atengono ai rapporti tra amministrazione e amministrati, garantendo che l'azione della prima sia svolta nel rispetto dei secondi<sup>44</sup>.

A mio avviso sarebbe contraddittorio che proprio quando la dottrina e la giurisprudenza hanno individuato sempre più raffinati strumenti di tutela degli interessi dei privati nei loro rapporti con le pubbliche amministrazioni, mediante l'adozione di nuove formule e la previsione di istituti di diritto sostanziale e processuale e di specifici principi che vanno rispettati dalle amministrazioni stesse, e sono tutti ricollegabili al principio di imparzialità contemplato nella carta costituzionale a garanzia dell'operato delle pubbliche amministrazioni, siano ammissibili una legislazione e una prassi tendenti a privilegiare eccessivamente i poteri della classe politica nei confronti della dirigenza statale e idonei a determinare il risultato di un pregiudizio dell'indipendenza di giudizio dei dirigenti e di un ostacolo all'esercizio imparziale delle funzioni pubbliche ad essi conferite<sup>45</sup>.

---

principio sul quale si fondano gli istituti della pubblicità degli atti amministrativi, il dovere di motivazione e l'accesso ai documenti.

<sup>40</sup> Va in proposito ricordata l'importante disposizione dell'art. 2 l. n. 241 del 1990, ai sensi del quale per ogni procedimento deve essere precisato il termine per la sua conclusione.

<sup>41</sup> Cfr. P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1993; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, II, Bologna, Monduzzi, 1998, p. 1222, che assegna valore "assoluto" e centrale al principio di ragionevolezza, ritenendo che esso abbia i suoi riferimenti nei principi costituzionali di uguaglianza, imparzialità e buon andamento.

<sup>42</sup> Cfr. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998, il quale osserva che «la proporzionalità attiene alla misura del potere amministrativo e rinviene la propria giustificazione negli artt. 3, 97 e 113 Cost., e nel principio inespresso di giustizia sostanziale, che presiede e governa lo svolgimento del sindacato di legittimità del giudice amministrativo» (*ivi*, pp. 318-20).

<sup>43</sup> Cfr. in tal senso G. MORBIDELLI, *op. ul. cit.*, p. 1222.

<sup>44</sup> Cfr. l'approfondita e aggiornata analisi di F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 75-112, spec. pp. 95 ss.

<sup>45</sup> In proposito meritano di essere condivise le considerazioni critiche di R. ALESSE, *Il lento e inarrestabile declino della dirigenza dello Stato*, in *Giur. cost.*, XLV, 2000., pp. 1931 ss., il quale osserva che «la ricerca spasmodica di assimilare la pubblica amministra-

Meritano dunque di essere condivise le critiche sollevate nei confronti della legge 15 luglio 2002, n. 145, che reca disposizioni per il riordino della dirigenza stratale e che riguarda sia gli incarichi di funzione dirigenziale delle amministrazioni dello stato, anche a ordinamento autonomo (art. 3 c. 1), sia gli incarichi conferiti dal governo o dai ministri agli organi di vertice e ai componenti dei consigli di amministrazione o agli organi equiparati degli enti pubblici, delle società controllate o partecipate dallo stato, delle agenzie o di altri organismi comunque denominati (art. 6).

L'applicazione dell'istituto previsto nella citata legge con l'intento di privilegiare le scelte "di natura politica" trova un ostacolo, a mio avviso insormontabile, nei principi costituzionali che reggono l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni. Come giustamente si è osservato in una decisione del Tar del Lazio (sez. II ter) del 19 febbraio 2003, gli articoli 97 e 98 della costituzione assegnano alla pubblica amministrazione un ruolo fondamentale per la democrazia, riconoscendole attributi che concorrono a esprimere l'essenza dello stato di diritto. L'apparato burocratico, per definizione costituzionale, assume caratteri di professionalità (agli uffici pubblici, e non solo a quelli iniziali, si accede in base al merito, con procedure selettive, non per scelta libera e immotivata), esclusività (i pubblici dipendenti sono al servizio esclusivo della nazione), produttività nel pubblico interesse (perseguire interessi privati costituisce reato), imparzialità, legalità.

E dunque necessario reagire con fermezza alle tendenze di una politica legislativa che è suscettibile di provocare seri danni alla società civile del nostro paese, per i pericoli connessi alla forte accentuazione

---

zione all'impresa privata, attraverso l'adozione di moduli organizzativi non più fondati su provvedimenti autoritativi, ma su regole contrattuali (e, quindi, di mercato), evidenza tutta la sua intrinseca fragilità che affonda le sue radici nella mancata consapevolezza di tener sempre distinta la logica statale da quella imprenditoriale». V. anche l'interessante nota di richiami del medesimo autore alla recente ordinanza (n. 11, del 30 gennaio 2002), con la quale la Corte costituzionale ha espresso l'avallo della giurisprudenza costituzionale alla privatizzazione del pubblico impiego nel suo impianto generale. Cfr. pure le note di commento di N. LUPO e L. PANZERI, *ivi*, XLVII, 2002, pp. 83-92 e 92-102 e i saggi di P. GENESIN, *A proposito dei rapporti fra politici e burocrati nell'amministrazione statale alla luce dei più recenti sviluppi legislativi*, in *Foro amm. T. A. R.*, I, 2002, n. 10, pp. 3475-3514 e C. COLAPIETRO, *La "controriforma" del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003.

dei legami tra ministro e dirigenti e per il rischio, che è sempre più una certezza, di determinare una eccessiva politicizzazione dell'amministrazione con la conseguente sovrapposizione della politica sull'amministrazione<sup>46</sup>.

6. *Conclusioni.* - Se si confrontano gli istituti e le norme del diritto amministrativo dei primi anni cinquanta con quelli del periodo attuale, «c'è da restare disorientati», come si è recentemente osservato a proposito delle spinte contrastanti e degli incalzanti cambiamenti che hanno caratterizzato il nostro sistema amministrativo negli ultimi anni<sup>47</sup>. Adozione di modelli negoziali nell'azione amministrativa e prevalenza dell'attività consensuale sull'attività autoritativa<sup>48</sup>, gestione esterna di molti servizi pubblici, definita come esternalizzazione degli stessi, forte declino dello stato amministrativo, crisi del sistema tradizionale di separazione dei poteri, tendenziale prevalenza dell'economia sulla politica e accentuazione della finalità di raggiungere un'economia regolata dalle leggi del mercato e della concorrenza invece che dallo stato attraverso il potere di indirizzo o la gestione diretta, configurazione del giudizio amministrativo come un giudizio non sugli atti quanto sull'esercizio del potere amministrativo, concezione della funzione pubblica sempre meno legata al rispetto di schemi formali, riconoscimento della sicura risarcibilità del danno derivante dalla

---

<sup>46</sup> Cfr. le giuste osservazioni di C. COLAPIETRO, *La "controriforma"*, cit.; v. anche F. SORRENTINO, *Brevi riflessioni su sovranità popolare e pubblica amministrazione*, in *Atti del convegno Esposito, Crisafulli, Paladini. Tre costituzionalisti nella cattedra padovana*, in corso di pubblicazione, Padova, Cedam, 2003, il quale nota che nel tentativo di creare meccanismi per trasmettere gli indirizzi governativi alle autorità amministrative, si sono privilegiati "rapporti fiduciari" tra i vertici politici e i dirigenti, cui si deve la non mai abbastanza deprecata introduzione di uno *spoils system* (la cui compatibilità con il 3° c. dell'art. 97 nessuno ha nemmeno accennato ad argomentare) che, nelle versioni che si sono via via succedute, ha sempre di più sottolineato il collegamento politico tra il ministro e i suoi funzionari (p. 5 della relazione dattiloscritta).

<sup>47</sup> C. CALABRÒ, *Giudicato*, III) *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2003, p. 2, il quale giustamente osserva che «è ancora possibile guardare l'intricato quadro secondo una prospettiva che porti a una convergenza di fondo».

<sup>48</sup> Cfr. per tutti il bel saggio di F. BASSI, *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XLII, 1992, pp. 744-52.

lesione dell'interesse legittimo, introduzione nel nostro ordinamento di molti e importanti principi non scritti del diritto comunitario, che hanno sconvolto il sistema delle fonti del diritto basato sulla scarna formula dell'art. 1 delle disposizioni preliminari al codice civile, scetticismo riguardo all'effettività delle regole etiche scritte nelle norme, come nel caso dei codici etici<sup>49</sup>, abbandono, nella dialettica politica e nell'attenzione della dottrina, del valore che attiene al senso dello stato, espressione ormai *demodé*, sebbene si tratti di uno di quei principi su cui si era pensato di poter edificare lo stato democratico e che appare oggi, invece, sempre più oggetto di derisione.

Si tratta assai spesso di novità e innovazioni da giudicare positivamente, ma non mancano in taluni casi giustificati motivi di preoccupazione per il futuro della disciplina che si è soliti definire con l'espressione diritto amministrativo e, quel che più importa, per il concreto ed efficace svolgimento dell'azione amministrativa. Gli elementi di novità che hanno contribuito a modificare in misura sempre più notevole il tradizionale quadro di riferimento, determinando in taluni casi un peggioramento della situazione precedentemente esistente, non devono tuttavia indurre a fare prevalere una sensazione di inquietudine e un atteggiamento di sconforto e di sfiducia per chi si proponga di valutare oggi il compito assegnato ai poteri pubblici nel perseguire l'obiettivo di interesse pubblico della migliore soddisfazione delle esigenze dei cittadini e della sempre più piena tutela dei diritti delle donne e degli uomini nella società [e qui merita di essere ricordata la felice formula suggerita a Lelio Basso da Massimo Severo Giannini per l'art. 3 cpv. cost.: «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»].

Dopo tanti anni di ricerca scientifica e di pesante impegno professionale, c'è ancora molto da fare, caro Sergio; e mi piace qui chiudere queste pagine esprimendo il mio più affettuoso augurio di buon lavoro per il futuro.

---

<sup>49</sup> Cfr. S. CASSESE, *L'etica pubblica*, in *Giornale dir. amm.*, IX, 2003, n. 10, pp. 1097-9, spec. p. 9.

## *Problemi in tema di laicità dello stato e delle istituzioni civili\**

1. *Premessa.* - In questo mio breve scritto, in memoria di Livio Paladin, un collega i cui studi rappresentano tuttora un essenziale riferimento per la valutazione dei più importanti problemi del diritto costituzionale, vorrei commentare due questioni che, nel periodo più recente, hanno avuto largo eco sulla stampa e nell'opinione pubblica in Italia e in Europa e che hanno suscitato commenti vari, tutti collegati alla considerazione di una questione che sta assumendo importanza anche al di là dei confini nazionali: quella della laicità degli stati e delle istituzioni civili, valutata nella dimensione sovranazionale dei diritti e degli ordinamenti dei singoli stati d'Europa.

2. *La questione della rimozione del crocefisso dalle aule scolastiche.* - L'ordinanza con la quale, in applicazione dell'art. 700 del codice di procedura civile, il tribunale dell'Aquila, in data 22 ottobre 2003, ha deciso la rimozione del crocefisso dalle aule di un istituto scolastico di Ofena in Abruzzo, merita di essere commentata considerando anche i toni della polemica politica e giornalistica scaturita dalla vicenda.

Nel commentare la decisione, molti non hanno tenuto conto di quali sono i compiti spettanti ai giudici italiani nell'attuale periodo storico (il futuro si presenta invece assai incerto). Con riferimento a tali reazioni occorre ricordare la sorprendente e direi preoccupante esternazione televisiva del presidente della repubblica, che è anche il presidente del consiglio superiore della magistratura, il quale, ritenendo evidentemente errata la decisione del giudice, ne ha auspicato la riforma, in base ad un ragionamento che, come ha osservato Andrea Guazzarotti<sup>1</sup>, «sembra affidarsi allo “spirito del

---

\* In *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Padova, Cedam, 2004, pp. 1245-55.

<sup>1</sup> Vedi il suo commento *Giuristi tra i crocifissi*, riportato il 30 ottobre 2003 nel *Forum* della rivista *Quaderni costituzionali*.

popolo”, piuttosto che al dettato normativo – anche costituzionale – vigente». I giudici non possono certo limitarsi, come taluni pretenderebbero, ad *applicare* il diritto, giacché essi hanno anche il compito di *interpretare* le disposizioni normative: per fortuna non è stata finora approvata dal parlamento una delle più gravi e pericolose proposte di riforma della giustizia, consistente nel sottoporre a sindacato politico la funzione affidata ai giudici di interpretare le norme prima di emettere le loro pronunce.

Qualche considerazione merita, innanzi tutto, la questione relativa alla natura del provvedimento emesso dal giudice, che si è espresso mediante un’ordinanza e non una sentenza (inesattamente si è invece assai spesso parlato di una «sentenza che ordina la rimozione del crocifisso»): si tratta di un provvedimento di urgenza e non di una sentenza definitiva, una decisione dunque che nel merito avrebbe dovuto essere ancora approfondita; non si trattava dunque di un atto definitivo e nulla impedisce, come è noto, che un’ordinanza urgente di accoglimento del ricorso si trasformi in una sentenza di rigetto. Ed infatti, il tribunale dell’Aquila ha successivamente deciso che nella specie vi era un difetto di giurisdizione, dichiarando, con una decisione per la verità sorprendente, che nel caso non era in questione la lesione di un diritto soggettivo ma di un interesse legittimo<sup>2</sup>: ma non è su questo punto che ritengo di soffermarmi in questo mio scritto, che riguarda invece il problema delle conseguenze derivanti per l’ordinamento italiano dal venir meno del principio della religione cattolica come religione dello stato italiano.

L’ordinanza emessa ai sensi dell’art. 700 c.p.c. è un provvedimento giurisdizionale con il quale «chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile» può chiedere al giudice provvedimenti d’urgenza «più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito». Prima di pronunciarsi il giudice deve verificare il *fumus boni juris* e il *periculum in mora*, due requisiti che il giudice, con ampia

---

<sup>2</sup> L’ordinanza del tribunale dell’Aquila 19-29 novembre 2003, n. 1563 è pubblicata in *Guida al diritto*, n. 49, 20 dicembre 2003, p. 37 ss. La giurisdizione del giudice amministrativo sulla questione è affermata dal TAR per il Veneto, con ordinanza n. 56/04 del 26 gennaio 2004.

motivazione, ha ritenuto sussistenti nella specie, sul fondamento di considerazioni che mi sembrano condivisibili. Con riferimento al requisito del *fumus*, il giudice ha ritenuto che sussiste un diritto inviolabile e costituzionalmente garantito in capo ai ricorrenti e che tutte le disposizioni successive agli atti normativi con i quali venne stabilita la presenza del crocefisso nelle aule scolastiche e venne previsto l'obbligo del preside di provvedere perché tale simbolo figurasse in ogni aula, smentiscono e di fatto aboliscono la «logica della confessione cattolica come istituzione religiosa privilegiata», ponendo tutte le religioni sullo stesso piano di tutela. Per quanto riguarda il requisito del *periculum in mora*, il giudice ha ritenuto, a mio avviso giustamente, che la circostanza di fatto dell'esposizione del crocefisso è di per sé sufficiente per ritenere la sussistenza dell'imminenza del pregiudizio.

Augusto Barbera, un collega noto per la sua competenza e per il suo equilibrio, ha osservato che, poiché l'esposizione del crocefisso è prevista da atti aventi forza di legge e da norme tuttora in vigore, il giudice non poteva disattenderli ed avrebbe dovuto inviare gli atti alla corte costituzionale e cioè al giudice naturale sulla costituzionalità delle leggi<sup>3</sup>. Non penso di potere condividere tale punto di vista, e tuttavia l'obiezione merita un'attenta considerazione.

Come avviene sempre più spesso, in un ordinamento come quello italiano caratterizzato da una grande varietà e frammentarietà di disposizioni legislative, che si sono succedute nel tempo nei tre periodi storici del liberalismo, del fascismo e dell'Italia repubblicana e democratica, in molti casi è assai difficile individuare con esattezza da quali disposizioni sia disciplinata una determinata fattispecie. Eppure si tratta di un compito che ogni giudice deve svolgere con scrupolosa completezza per evitare che le sue pronunce siano fondate su un'errata interpretazione del diritto.

Dopo che, nel 1857, una circolare aveva previsto la presenza del crocefisso nelle scuole con riferimento alla legge 22 giugno 1857, n. 2328 (c. d. legge Lanza), l'apposizione del crocefisso nelle aule scolastiche venne prevista dalla circolare del ministero della pubblica istruzione 22 novembre 1922, che precede di due anni la riforma

---

<sup>3</sup> V. l'intervista pubblicata nel *Corriere della sera* del 26 ottobre 2003.

Gentile realizzata con l'approvazione del r. d. 1° ottobre 1923, n. 2185. Dopo la riforma Gentile, due sono le disposizioni che, nel ventennio fascista, prevedono la presenza del crocefisso nelle aule scolastiche: l'art. 118 r. d. 30 aprile 1924, n. 965 *sull'Ordinamento interno delle giunte e degli istituti di istruzione media* («Ogni istituto ha la bandiera nazionale; ogni aula l'immagine del Crocefisso») e l'art. 10 e allegato C al r. d. 26 aprile 1928, n. 1297, di approvazione del *regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare*.

Si trattava di atti normativi di natura regolamentare che il giudice non avrebbe potuto impugnare davanti alla corte costituzionale, considerando che alla corte costituzionale, in base all'art. 134 della costituzione, che si riferisce a “leggi ed atti aventi forza di legge”, è istituzionalmente sottratto il sindacato sui regolamenti. Sulla natura di norme regolamentari delle norme in questione avevano convenuto il consiglio di stato, che, nel parere della III sezione del 27 aprile 1988, n. 63, aveva ritenuto non abrogate le citate disposizioni di natura regolamentare, la corte di cassazione, con la sentenza della IV sezione penale 1° marzo 2000, n. 439, con la quale si è deciso che la rimozione del simbolo del *crocefisso* da ogni seggio elettorale si muovesse nel solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale in termini di laicità e di pluralismo, e la stessa avvocatura dello stato, nel corso del giudizio davanti al tribunale di L'Aquila, la quale ha sostenuto la perdurante vigenza della disciplina normativa in questione, ma non ha affatto contestato la natura regolamentare della medesima.

Sottratti al controllo della corte costituzionale, i regolamenti sono sottoposti al regime degli atti amministrativi: essi sono dunque *disapplicabili* dal giudice ordinario qualora risultino in contrasto con norme di fonte legislativa.

Più complesso, come ha giustamente osservato Giovanni Cimbalo in un interessante commento dedicato all'ordinanza<sup>4</sup>, si presenta il problema di valutare se una norma di legge ordinaria sussistesse, in tema di affissione dei crocefissi nelle aule scolastiche, dopo l'approvazione della legge 28 luglio 1967, n. 641, il cui art. 30 disciplinava

---

<sup>4</sup> *Laicità dello Stato ed esposizione dei simboli religiosi negli uffici pubblici*, riportato l'11 novembre 2003 nel *Forum dei Quaderni costituzionali*.

la materia dei *Sussidi per l'arredamento di scuole elementari e medie*, e dopo l'emissione della circolare 19 ottobre 1967, n. 361, che, nell'allegato B, richiamando gli artt. 120 e 121 del già ricordato r. d. n. 1297 del 1928 e l'art. 30 della legge n. 641 del 1967, stabiliva le formalità per la richiesta di contributi, da compilarsi a cura dei comuni, per provvedere alla fornitura dell'arredo scolastico e, come primo arredo, considerava proprio il crocefisso. In questa materia vi è stata tuttavia una successiva legislazione che induce a ritenere abrogata la precedente normativa (legge e circolare) del 1967: in particolare vanno considerati la legge 23 dicembre 1991, n. 430 e il d. lgs. 16 aprile 1994, n. 297, di *approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado*, che, negli articoli riguardanti l'arredo scolastico – art. 2 della legge n. 430 del 1991 e artt. 107 (scuole materne), 159 (scuole elementari) e 190 (scuole medie) del d. lgs. n. 297 del 1994 – non fanno alcuna menzione del crocefisso come arredo. Così l'art. 159 d. lgs. n. 297 del 1994 stabilisce che «Spetta ai comuni provvedere [...] alle spese necessarie per l'acquisto, la manutenzione, il rinnovamento del materiale didattico, degli arredi scolastici, ivi compresi gli armadi o scaffali per le biblioteche scolastiche, degli attrezzi ginnici [...]». L'art. 676 del testo unico, con riferimento alla materia scolastica regolata in precedenza, stabilisce: «Le disposizioni inserite nel presente testo unico vigono nella formulazione da esso risultante; quelle non inserite restano ferme *ad eccezione delle disposizioni contrarie od incompatibili con il testo unico stesso, che sono abrogate*».

Questa disposizione, il cui significato a me sembra chiaro, determina l'abrogazione della disciplina che in precedenza prevedeva la presenza del crocefisso nelle aule scolastiche. La disciplina legislativa del 1994, che contiene tutte «le disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione», si pone in una prospettiva completamente diversa rispetto a quella che negli anni precedenti, e quindi anche nella legislazione (legge e circolare) del 1967, aveva indotto il legislatore a prevedere l'obbligatoria presenza del crocefisso nelle aule scolastiche. Il discorso potrebbe essere assai lungo ed è qui consentito soltanto fare un rapido cenno. L'art. 1 d. lgs. n. 297 del 1994, la cui rubrica non a caso ha come titolo *Formazione e personalità degli alunni e libertà di insegnamento*, esplicitamente

afferma la finalità di «promuovere, attraverso un confronto aperto di posizioni culturali, la piena formazione della personalità degli alunni»; l'art. 2 (*Tutela della libertà di coscienza degli alunni* [...]) nel n. 1 prevede che «L'azione di promozione di cui all'articolo 1 è attuata nel rispetto della coscienza morale e civile degli alunni»; l'art. 118, a proposito delle finalità della scuola elementare, stabilisce che «La scuola elementare [...] concorre alla formazione dell'uomo e del cittadino secondo i principi sanciti dalla Costituzione e nel rispetto e nella valorizzazione delle diversità individuali, sociali e culturali. Essa si propone lo sviluppo della personalità del fanciullo promuovendone la prima alfabetizzazione culturale»; l'art. 309, a proposito dell'insegnamento della religione cattolica, stabilisce che nelle scuole pubbliche non universitarie di ogni ordine e grado l'insegnamento della religione cattolica è disciplinato dall'accordo tra la Repubblica italiana e la Santa Sede e relativo protocollo addizionale [...]; l'art. 311 fonda sul diritto di garantire «la libertà di coscienza di tutti» il diritto degli alunni delle scuole pubbliche non universitarie di avvalersi o di non avvalersi di insegnamenti religiosi.

I principi vigenti in materia scolastica dopo l'approvazione del d. lgs. n. 297 del 1994 sono coerenti con le disposizioni costituzionali, che sono espressamente richiamate nel testo, e modificano il quadro legislativo vigente in precedenza; in particolare, il richiamo alla disposizione contenuta nell'art. 1 del protocollo addizionale, che esplicitamente abroga il principio della religione cattolica come sola religione dello stato, deve indurre a ritenere abrogate le disposizioni sull'affissione obbligatoria del crocefisso.

Giustamente si osserva nell'ordinanza del tribunale dell'Aquila che l'oggetto del ricorso riguarda la questione della laicità delle istituzioni: affermazione che assume grande importanza nella specie in quanto, se non è in questione soltanto la libertà di religione degli alunni, ma anche la neutralità di un'istituzione pubblica, non è possibile prospettare una realizzazione del principio di laicità dello stato e della libertà di religione dei consociati "a richiesta", rendendosi invece necessaria una soluzione che sia connaturata all'operare stesso dell'amministrazione pubblica.

Il pluralismo religioso e culturale, sulla cui importanza nel sistema costituzionale possono leggersi le sentenze della corte costituzionale 12 aprile 1989, n. 203 e 14 gennaio 1991, n. 13, può

realizzarsi soltanto se l'istituzione scolastica rimane imparziale di fronte al fenomeno religioso. L'imparzialità dell'istituzione scolastica pubblica di fronte al fenomeno religioso deve realizzarsi attraverso la mancata esposizione di simboli religiosi piuttosto che attraverso l'affissione di una pluralità di simboli, che – si osserva giustamente nell'ordinanza – non potrebbe in concreto essere tendenzialmente esaustiva e comunque finirebbe per ledere la libertà religiosa negativa di coloro che non hanno alcun credo.

Pluralismo religioso e culturale, libertà di coscienza e di religione per tutti, eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, eguale libertà delle confessioni religiose, imparzialità dei poteri pubblici di fronte al fenomeno religioso, laicità delle istituzioni civili: sono questi i principi sui quali è fondata la decisione emessa del giudice nell'ordinanza riguardante la rimozione del crocifisso dalle aule scolastiche. L'opinione che, in conclusione, vorrei qui esprimere riguarda la necessità di ribadire la supremazia del diritto, quello che nel mondo anglosassone si definisce *the rule of Law*: senza il diritto non c'è libertà ma arbitrio; e sempre più si afferma l'esigenza che la costituzione, con le sue disposizioni, i suoi principi consolidati e i suoi valori, sia fonte di garanzia per tutti. Fa piacere che un giudice lo abbia ritenuto un principio irrinunciabile per la democrazia e la giustizia nel nostro paese.

3. *Una legge a garanzia della laicità?* - A differenza di altre costituzioni, come per esempio quella italiana, che non affermano esplicitamente un principio di laicità come elemento fondante dello stato e dell'ordinamento, la costituzione francese del 4 ottobre 1958, nell'art. 2, dichiara che «La France est une République [...], laïque [...]»: una disposizione quest'ultima che va interpretata anche con riferimento alla legge francese del 9 dicembre 1905 relativa alla separazione delle chiese e dello stato. Come è noto, quando, nei giorni precedenti l'approvazione della carta dei diritti di Nizza del 15 dicembre 2000, venne proposto l'inserimento di una formula nel preambolo che facesse riferimento alle radici cristiane dell'Europa, fu proprio Jacques Chirac che dichiarò che la Francia non poteva approvare un testo che chiaramente confliggeva con il carattere di laicità espressamente contemplato come valore essenziale della repubblica francese: e giustamente tale riferimento non è stato poi

inserito neppure nel preambolo della costituzione europea tuttora in fase di approvazione.

I giuristi sanno che le disposizioni normative contenute nella carte dei diritti, nelle costituzioni, nelle leggi e in tutti gli atti normativi di un ordinamento sono proprio previste per creare “sensibilità” per il rispetto di certi valori e la rilevanza di certi principi: e le sensibilità per il rispetto di valori e la rilevanza di principi sono naturalmente diverse in ordinamenti con differenti tradizioni storiche e con costituzioni ispirate a principi assai diversi tra loro.

È questa una delle ragioni che spiega perché in Italia l’esigenza di rispettare il valore della laicità delle istituzioni civili suscita di solito limitata attenzione nelle aule parlamentari e nella società civile e il problema in merito all’opportunità di approvare una legge sulla libertà religiosa riguarda soltanto alcuni studiosi di diritto ecclesiastico e di diritto costituzionale e alcune minoranze di cittadini impegnati nel manifestare con passione le idee nelle quali credono: lo dimostra il fatto che, nella disattenzione generale, da anni un disegno di legge governativo sul tema è in attesa di essere approvato dal parlamento, anche perché il testo normativo proposto suscita giustificate apprensioni da parte di chi teme che la sua approvazione, nonostante il suo titolo, possa determinare gravi conseguenze per i diritti di libertà e di uguaglianza dei cittadini e delle formazioni sociali. In Francia ha suscitato invece di recente un vivace dibattito la conoscenza di un rapporto presentato da una commissione presieduta dal professore e deputato Bernard Stasi e composta da quaranta saggi, che nel luglio scorso era stata incaricata da Jacques Chirac di studiare la questione detta della «laicità», dopo che lo stesso Chirac aveva dichiarato con enfasi «La laicità non è negoziabile». «La realtà che abbiamo scoperto – ha dichiarato il professor Stasi – è più grave di quanto ci aspettassimo: l’unità della Repubblica è in pericolo». La commissione, dopo centoventi audizioni e consultazioni, ha concluso i suoi lavori e fatto le sue proposte che si possono così sintetizzare: introduzione di norme più precise rispetto a quelle previste dalle disposizioni normative (leggi e circolari) già esistenti e approvazione di una legge chiarificatrice intesa a preservare il principio di laicità che in Francia, come si è detto, al contrario che in altri paesi d’Europa, ha dignità di principio costituzionale (solo uno dei componenti la commissione ha votato

contro la soluzione dell'approvazione di una legge), via dalla scuola e dai luoghi pubblici tutti i segni «ostentatori di appartenenza religiosa e/o politica» (in pratica niente velo o foulard islamico, no a una grande croce esposta sopra i vestiti, no alla kippà ebraica), suggerimento che diventino giorni di vacanza scolastica la festa ebraica del Kippur e quella musulmana dell'Aid-el-Kebir e che ai dipendenti sia consentito di mettersi in ferie in una delle due feste. Secondo quanto risulta dalla lettura dei quotidiani, se il presidente Chirac si orienterà a favore della soluzione consistente nel prevedere una legge (come poi è avvenuto, considerando che il presidente ha espresso la sua posizione favorevole il 17 dicembre 2003) è probabile che, al là di possibili contrasti nel dibattito parlamentare, destra e sinistra all'*assemblée* possano trovarsi d'accordo nel trasformare in legge e quindi in divieti le raccomandazioni della commissione.

Da quello che si apprende la società francese è divisa, come rivela un sondaggio (realizzato nel dicembre 2003 dall'istituto CSA), dal quale risulta che il 57% dei francesi è favorevole a una legge chiara che metta al bando nelle scuole veli, croci e kippà, mentre il 41% è contrario (e solo il 2% – dato significativo – dichiara di non avere un'opinione sulla questione): e le donne sono meno favorevoli degli uomini perché più preoccupate della sorte che toccherà alle ragazze espulse dalla scuola. Le comunità cattoliche, protestanti e ortodosse hanno espresso la convinzione che «non è attraverso una legge che verranno risolte positivamente le difficoltà attuali»; contro la soluzione della legge si è anche espresso il consiglio francese del culto musulmano, mentre più sfumata è la posizione delle istituzioni ebraiche. Diverso è l'orientamento che emerge in un appello al presidente Chirac pubblicato dal magazine *Elle*, firmato da trecento attrici, scrittrici e intellettuali: «In quanto garante della Costituzione – si legge nell'appello – vi chiediamo solennemente, al di là del principio della laicità, al quale teniamo tutte profondamente, di difendere con la più grande intransigenza il principio dell'eguaglianza dei sessi [...]. Il velo islamico ci rimanda tutte, musulmane e non musulmane, a una discriminazione verso le donne che è intollerabile. Ogni compiacenza a questo riguardo sarà percepita da ogni donna di questo paese come una violazione personale della propria dignità e libertà».

I problemi in discussione sono assai complessi e non possono

certo essere tutti esaminati in una breve nota di commento. Eppure è forse possibile esprimere un'opinione che in sintesi riesca a cogliere alcuni degli aspetti fondamentali della problematica. Le questioni pratiche esaminate nel rapporto Stasi e sintetizzate nell'affermazione che in Francia ognuno deve essere libero di manifestare la propria appartenenza religiosa e/o politica ovunque ma non nei luoghi pubblici si pongono ormai in ogni paese dell'Europa occidentale, nei quali, già da alcuni anni, esistono società fortemente multietniche, multireligiose e multiculturali nelle quali assume fondamentale importanza l'esigenza di integrazione delle popolazioni provenienti da altri continenti: non sarebbe dunque un male se, al di là delle comprensibili esigenze di rispetto per i diversi principi costituzionali vigenti nei singoli paesi d'Europa, le soluzioni adottate avessero un criterio di riferimento comune che tenesse conto dell'opinione che il principio di laicità debba intendersi oggi come un principio riferito a un modello di "neutralità attiva" delle istituzioni che impone, 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»<sup>5</sup>.

Nei diversi paesi d'Europa vi sono molte ragioni che inducono a ritenere opportune scelte di politica legislativa che non pongano lo stato e le istituzioni al di sopra delle persone: in proposito, ha ragione a mio avviso chi sottolinea alcuni elementi in comune fra uno stato, come quello francese, che sembra orientarsi a favore del divieto legislativo di "ostentare" il proprio credo religioso e/o politico, e uno stato, come quello italiano, che si propone di impedire alla donna di accedere alla maternità (o di interromperla): in ambedue i casi si tratta, sia pure con evidenti differenze di modalità e di criteri, di forme di supremazia dello stato nei confronti dei diritti di libertà delle persone che, in tempi nei quali tanto si parla del rispetto di fondamentali esigenze di "sussidiarietà", devono valutarsi con giustificata preoccupazione.

---

<sup>5</sup> Cfr. F. RIMOLI, «Laicità», in *Dizionario costituzionale* a cura di M. AINIS, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 269.

Vi è infine molta differenza, come ha giustamente osservato di recente Stefano Ceccanti<sup>6</sup>, tra i vincoli che si possono imporre al personale scolastico e alle istituzioni, nei cui confronti incombono maggiori doveri di neutralità, considerando il rilievo che in questi casi assume il modo in cui l'istituzione «si presenta ed è obiettivamente percepita», e i vincoli che si possono invece opporre ai singoli studenti nella vita scolastica e, più in generale, alle persone umane negli ospedali, nelle carceri e nei più svariati aspetti della vita associata: cittadini e non cittadini titolari di fondamentali diritti di libertà costituzionalmente garantiti e meritevoli di protezione nell'espressione delle loro personalità e identità.

---

<sup>6</sup> *Crocifisso: ricordiamoci della legge di parità e dell'autonomia. Lasciamo alle scuole la soluzione del problema*, riportato nel *Forum dei Quaderni costituzionali*.

*Diritti di libertà in materia religiosa e principi di imparzialità e di laicità delle istituzioni civili: la parola alla Corte costituzionale\**

Nel complimentarmi con il prof. Ceccanti per la sua bella relazione, devo premettere che non condivido quasi nessuna delle conclusioni a cui egli è giunto. A mio avviso, la tesi incentrata sulla “*univocità del significato del simbolo religioso*” si basa su di un falso problema, tanto più se si legge con attenzione quanto scritto nell’ordinanza del T.A.R. di Venezia nella quale, all’espressione “*univoco significato confessionale...*” si aggiunge l’espressione, largamente condivisibile, “*... per tale percepito dalla massima parte dei consociati*”. Ora, il fatto che la massima parte dei consociati attribuisca al simbolo religioso un significato confessionale, induce a svalutare gran parte di ciò che si dice in ordine all’univocità o meno del significato di tale simbolo religioso.

In realtà, prima di analizzare un problema, occorre conoscerne la storia: il tema della laicità risulta, nella storia italiana, strettamente collegato ad una Costituzione (lo Statuto Albertino) che proclamava la religione cattolica apostolica romana come la sola religione ufficiale dello Stato italiano. D’altro canto, la Legge Sineo del 18 aprile 1848, pochi giorni dopo l’entrata in vigore dello Statuto Albertino, stabiliva che “*la differenza di culto non forma eccezione al godimento dei diritti civili e politici e all’accesso alle cariche civili e militari*”; questa legge ordinaria, inserendosi in un sistema giuridico a Costituzione flessibile, determinò un pieno riconoscimento dei diritti delle minoranze religiose nell’Italia liberale. L’elemento del confessionarismo riapparve in Italia nel 1923, con la riforma scolastica Gentile, a cui fece seguito, nel 1924, il primo regolamento sulla presenza del

---

\* In *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 181-9.

crocifisso nelle aule scolastiche, nel 1926, la circolare ministeriale sull'affissione del crocifisso nelle aule di giustizia (cosa che portò il giudice di Camerino Luigi Tosti a presentare ricorso, rimasto senza risposta, al T.A.R. di Ancona, per chiedere la rimozione del crocifisso dalle aule giudiziarie nelle quali questi si trovava ad esercitare la sua giurisdizione), nel 1928, la seconda norma regolamentare.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, non si può certo dire che il principio di laicità si sia pienamente imposto nel nostro ordinamento, poiché, accanto agli articoli 2, 3, 7/co.1, 8/co.1, 19, 20, 21, 33/co.1, vi sono altri articoli della Costituzione che introducono elementi di confessionalità. In effetti, l'art. 7/co. 2 (sappiamo cosa accadde nella notte tra il 24 e il 25 marzo del 1947 quando il P.C.I. decise di votare a favore di tale disposizione) rinvia ai Patti Lateranensi, e dunque anche a quelle norme (art. 1 del Trattato e art. 1 del Concordato) che richiamano il principio della religione cattolica come sola religione di Stato.

A tale proposito, ritorno poi con la memoria al febbraio del 1969, quando io, giovane segretario della *Commissione governativa per la revisione del Concordato* scrissi di mio pugno il primo intervento che Arturo Carlo Jemolo tenne in quella Commissione, nel quale sottolineò la necessità di modificare l'articolo 1 del Trattato, provocando l'opposizione del presidente della Commissione Guido Gonella, *ex* Ministro di Grazia e Giustizia ed esponente autorevole della D.C., che ribadì come la Commissione dovesse attenersi al mandato del Parlamento, ossia alla modifica di alcune clausole del solo Concordato.

Nel 1984, con gli Accordi di revisione del Concordato, l'articolo 1 del Protocollo Addizionale (richiamato nel D. Lgs. n. 297/1994, T.U. sulla Pubblica Istruzione) segna il superamento del principio della religione cattolica come religione di Stato.

Venendo ora alla questione dibattuta in questo incontro, vorrei esprimere alcuni concetti.

Circa l'oggetto dell'impugnazione, ritengo che le norme regolamentari siano state abrogate, in quanto fortemente e chiaramente incompatibili con l'art. 676 del T.U. n. 297/1994, ispirato alla concezione della scuola come sede di formazione culturale nel pieno rispetto della libertà di coscienza degli studenti e degli insegnanti. Il T.U. suddetto si basa sul superamento del principio della religione cattolica apostolica romana come religione ufficiale dello Stato ita-

liano, principio a cui erano invece ispirate le norme regolamentari del 1924, 1926, 1928.

Queste ultime norme – e qui aderisco alla soluzione a cui faceva riferimento il prof. Ceccanti – sono state abrogate, e sono comunque divenute illegittime con l'entrata in vigore della Costituzione.

Circa il profilo dei parametri di costituzionalità, occorre sottolineare come il principio supremo della laicità rappresenti uno di quei casi in cui la Corte ha deluso le aspettative. Infatti il giudice delle leggi (relatore Casavola) ha utilizzato il principio della laicità come fondamento giustificativo dell'insegnamento della religione cattolica nel quadro delle finalità della scuola e dello Stato, come sta scritto nell'art. 9 del Concordato del 1984: quindi trattasi di un principio elaborato per garantire un elemento di confessionalità.

Infine, circa le possibilità decisionali della Corte costituzionale, ritengo che la previsione più plausibile consista nell'emanazione di un'ordinanza di inammissibilità, dal momento che il giudice *a quo* avrebbe dovuto emanare una sentenza di annullamento per abrogazione delle norme che regolano la fattispecie sottoposta al suo esame. Non sono invece favorevole all'ipotesi di una sentenza additiva, in quanto non si è in presenza di un problema risolvibile attraverso una discussione quotidiana presso le singole scuole. D'altra parte il nuovo art. 117/co. 2 lett. c) Cost. rinvia alla potestà legislativa statale esclusiva la disciplina dei rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose.

2. *La questione della rimozione del crocefisso dalle aule scolastiche.* - L'ordinanza con la quale, in applicazione dell'art. 700 del codice di procedura civile, il tribunale dell'Aquila, in data 22 ottobre 2003, ha deciso la rimozione del crocefisso dalle aule di un istituto scolastico di Ofena in Abruzzo, merita di essere commentata considerando anche i toni della polemica politica e giornalistica scaturita dalla vicenda.

Nel commentare la decisione, molti non hanno tenuto conto di quali sono i compiti spettanti ai giudici italiani nell'attuale periodo storico (il futuro si presenta invece assai incerto). Con riferimento a tali reazioni occorre ricordare la sorprendente e direi preoccupante esternazione televisiva del presidente della repubblica, che è anche il presidente del consiglio superiore della magistratura, il quale, ritenendo evidentemente errata la decisione del giudice, ne ha auspicato la riforma, in

base ad un ragionamento che, come ha osservato Andrea Guazzarotti<sup>2</sup>, «sembra affidarsi allo “spirito del popolo”, piuttosto che al dettato normativo – anche costituzionale – vigente». I giudici non possono certo limitarsi, come taluni pretenderebbero, ad *applicare* il diritto, giacché essi hanno anche il compito di *interpretare* le disposizioni normative: per fortuna non è stata finora approvata dal parlamento una delle più gravi e pericolose proposte di riforma della giustizia, consistente nel sottoporre a sindacato politico la funzione affidata ai giudici di interpretare le norme prima di emettere le loro pronunce.

Qualche considerazione merita, innanzi tutto, la questione relativa alla natura del provvedimento emesso dal giudice, che si è espresso mediante un’ordinanza e non una sentenza (inesattamente si è invece assai spesso parlato di una «sentenza che ordina la rimozione del crocifisso»): si tratta di un provvedimento di urgenza e non di una sentenza definitiva, una decisione dunque che nel merito avrebbe dovuto essere ancora approfondita; non si trattava dunque di un atto definitivo e nulla impedisce, come è noto, che un’ordinanza urgente di accoglimento del ricorso si trasformi in una sentenza di rigetto. Ed infatti, il tribunale dell’Aquila ha successivamente deciso che nella specie vi era un difetto di giurisdizione, dichiarando, con una decisione per la verità sorprendente, che nel caso non era in questione la lesione di un diritto soggettivo ma di un interesse legittimo<sup>3</sup>: ma non è su questo punto che ritengo di soffermarmi in questo mio scritto, che riguarda invece il problema delle conseguenze derivanti per l’ordinamento italiano dal venir meno del principio della religione cattolica come religione dello stato italiano.

L’ordinanza emessa ai sensi dell’art. 700 c. p. c. è un provvedimento giurisdizionale con il quale «chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile» può chiedere al giudice provvedimenti d’urgenza «più

---

<sup>2</sup> Vedi il suo commento *Giuristi tra i crocifissi*, riportato il 30 ottobre 2003 nel *Forum* della rivista *Quaderni costituzionali*.

<sup>3</sup> L’ordinanza del tribunale dell’Aquila 19-29 novembre 2003, n. 1563 è pubblicata in *Guida al diritto*, n. 49, 20 dicembre 2003, p. 37 ss. La giurisdizione del giudice amministrativo sulla questione è affermata dal TAR per il Veneto, con ordinanza n. 56/04 del 26 gennaio 2004.

idei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito». Prima di pronunciarsi il giudice deve verificare il *fumus boni juris* e il *periculum in mora*, due requisiti che il giudice, con ampia motivazione, ha ritenuto sussistenti nella specie, sul fondamento di considerazioni che mi sembrano condivisibili. Con riferimento al requisito del *fumus*, il giudice ha ritenuto che sussiste un diritto inviolabile e costituzionalmente garantito in capo ai ricorrenti e che tutte le disposizioni successive agli atti normativi con i quali venne stabilita la presenza del crocefisso nelle aule scolastiche e venne previsto l'obbligo del preside di provvedere perché tale simbolo figurasse in ogni aula, smentiscono e di fatto aboliscono la «logica della confessione cattolica come istituzione religiosa privilegiata», ponendo tutte le religioni sullo stesso piano di tutela. Per quanto riguarda il requisito del *periculum in mora*, il giudice ha ritenuto, a mio avviso giustamente, che la circostanza di fatto dell'esposizione del crocefisso è di per sé sufficiente per ritenere la sussistenza dell'imminenza del pregiudizio.

Augusto Barbera, un collega noto per la sua competenza e per il suo equilibrio, ha osservato che, poiché l'esposizione del crocefisso è prevista da atti aventi forza di legge e da norme tuttora in vigore, il giudice non poteva disattenderli ed avrebbe dovuto inviare gli atti alla corte costituzionale e cioè al giudice naturale sulla costituzionalità delle leggi<sup>4</sup>. Non penso di potere condividere tale punto di vista, e tuttavia l'obiezione merita un'attenta considerazione.

Come avviene sempre più spesso, in un ordinamento come quello italiano caratterizzato da una grande varietà e frammentarietà di disposizioni legislative, che si sono succedute nel tempo nei tre periodi storici del liberalismo, del fascismo e dell'Italia repubblicana e democratica, in molti casi è assai difficile individuare con esattezza da quali disposizioni sia disciplinata una determinata fattispecie. Eppure si tratta di un compito che ogni giudice deve svolgere con scrupolosa completezza per evitare che le sue pronunce siano fondate su un'errata interpretazione del diritto.

Dopo che, nel 1857, una circolare aveva previsto la presenza del crocefisso nelle scuole con riferimento alla legge 22 giugno 1857, n. 2328 (c. d. legge Lanza), l'apposizione del crocefisso nelle aule

---

<sup>4</sup> V. l'intervista pubblicata nel *Corriere della sera* del 26 ottobre 2003.

scolastiche venne prevista dalla circolare del ministero della pubblica istruzione 22 novembre 1922, che precede di due anni la riforma Gentile realizzata con l'approvazione del r. d. 1° ottobre 1923, n. 2185. Dopo la riforma Gentile, due sono le disposizioni che, nel ventennio fascista, prevedono la presenza del crocefisso nelle aule scolastiche: l'art. 118 r. d. 30 aprile 1924, n. 965 *sull'Ordinamento interno delle giunte e degli istituti di istruzione media* («Ogni istituto ha la bandiera nazionale; ogni aula l'immagine del Crocefisso») e l'art. 10 e allegato C al r. d. 26 aprile 1928, n. 1297, di approvazione del *regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare*.

Si trattava di atti normativi di natura regolamentare che il giudice non avrebbe potuto impugnare davanti alla corte costituzionale, considerando che alla corte costituzionale, in base all'art. 134 della costituzione, che si riferisce a “leggi ed atti aventi forza di legge”, è istituzionalmente sottratto il sindacato sui regolamenti. Sulla natura di norme regolamentari delle norme in questione avevano convenuto il consiglio di stato, che, nel parere della III sezione del 27 aprile 1988, n. 63, aveva ritenuto non abrogate le citate disposizioni di natura regolamentare, la corte di cassazione, con la sentenza della IV sezione penale 1° marzo 2000, n. 439, con la quale si è deciso che la rimozione del simbolo del *crocefisso* da ogni seggio elettorale si muovesse nel solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale in termini di laicità e di pluralismo, e la stessa avvocatura dello stato, nel corso del giudizio davanti al tribunale di L'Aquila, la quale ha sostenuto la perdurante vigenza della disciplina normativa in questione, ma non ha affatto contestato la natura regolamentare della medesima.

Sottratti al controllo della corte costituzionale, i regolamenti sono sottoposti al regime degli atti amministrativi: essi sono dunque *diapplicabili* dal giudice ordinario qualora risultino in contrasto con norme di fonte legislativa.

Più complesso, come ha giustamente osservato Giovanni Cimbalò in un interessante commento dedicato all'ordinanza<sup>5</sup>, si presenta il problema di valutare se una norma di legge ordinaria sussistesse, in tema di affissione dei crocefissi nelle aule scolastiche, dopo l'appro-

---

<sup>5</sup> *Laicità dello Stato ed esposizione dei simboli religiosi negli uffici pubblici*, riportato l'11 novembre 2003 nel *Forum dei Quaderni costituzionali*.

vazione della legge 28 luglio 1967, n. 641, il cui art. 30 disciplinava la materia dei *Sussidi per l'arredamento di scuole elementari e medie*, e dopo l'emissione della circolare 19 ottobre 1967, n. 361, che, nell'allegato B, richiamando gli artt. 120 e 121 del già ricordato r. d. n. 1297 del 1928 e l'art. 30 della legge n. 641 del 1967, stabiliva le formalità per la richiesta di contributi, da compilarsi a cura dei comuni, per provvedere alla fornitura dell'arredo scolastico e, come primo arredo, considerava proprio il crocefisso. In questa materia vi è stata tuttavia una successiva legislazione che induce a ritenere abrogata la precedente normativa (legge e circolare) del 1967: in particolare vanno considerati la legge 23 dicembre 1991, n. 430 e il d. lgs. 16 aprile 1994, n. 297, di *approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado*, che, negli articoli riguardanti l'arredo scolastico – art. 2 della legge n. 430 del 1991 e artt. 107 (scuole materne), 159 (scuole elementari) e 190 (scuole medie) del d. lgs. n. 297 del 1994 – non fanno alcuna menzione del crocefisso come arredo. Così l'art. 159 d. lgs. n. 297 del 1994 stabilisce che «Spetta ai comuni provvedere [...] alle spese necessarie per l'acquisto, la manutenzione, il rinnovamento del materiale didattico, degli arredi scolastici, ivi compresi gli armadi o scaffali per le biblioteche scolastiche, degli attrezzi ginnici [...]». L'art. 676 del testo unico, con riferimento alla materia scolastica regolata in precedenza, stabilisce: «Le disposizioni inserite nel presente testo unico vigono nella formulazione da esso risultante; quelle non inserite restano ferme *ad eccezione delle disposizioni contrarie od incompatibili con il testo unico stesso, che sono abrogate*».

Questa disposizione, il cui significato a me sembra chiaro, determina l'abrogazione della disciplina che in precedenza prevedeva la presenza del crocefisso nelle aule scolastiche. La disciplina legislativa del 1994, che contiene tutte «le disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione», si pone in una prospettiva completamente diversa rispetto a quella che negli anni precedenti, e quindi anche nella legislazione (legge e circolare) del 1967, aveva indotto il legislatore a prevedere l'obbligatoria presenza del crocefisso nelle aule scolastiche. Il discorso potrebbe essere assai lungo ed è qui consentito soltanto fare un rapido cenno. L'art. 1 d. lgs. n. 297 del 1994, la cui rubrica non a caso ha come titolo *Formazione e personalità degli alunni e libertà di insegnamento*, esplicitamente afferma la finalità

di «promuovere, attraverso un confronto aperto di posizioni culturali, la piena formazione della personalità degli alunni»; l'art. 2 (*Tutela della libertà di coscienza degli alunni* [...]) nel n. 1 prevede che «L'azione di promozione di cui all'articolo 1 è attuata nel rispetto della coscienza morale e civile degli alunni»; l'art. 118, a proposito delle finalità della scuola elementare, stabilisce che «La scuola elementare [...] concorre alla formazione dell'uomo e del cittadino secondo i principi sanciti dalla Costituzione e nel rispetto e nella valorizzazione delle diversità individuali, sociali e culturali. Essa si propone lo sviluppo della personalità del fanciullo promuovendone la prima alfabetizzazione culturale»; l'art. 309, a proposito dell'insegnamento della religione cattolica, stabilisce che nelle scuole pubbliche non universitarie di ogni ordine e grado l'insegnamento della religione cattolica è disciplinato dall'accordo tra la Repubblica italiana e la Santa Sede e relativo protocollo addizionale [...]; l'art. 311 fonda sul diritto di garantire «la libertà di coscienza di tutti» il diritto degli alunni delle scuole pubbliche non universitarie di avvalersi o di non avvalersi di insegnamenti religiosi.

I principi vigenti in materia scolastica dopo l'approvazione del d. lgs. n. 297 del 1994 sono coerenti con le disposizioni costituzionali, che sono espressamente richiamate nel testo, e modificano il quadro legislativo vigente in precedenza; in particolare, il richiamo alla disposizione contenuta nell'art. 1 del protocollo addizionale, che esplicitamente abroga il principio della religione cattolica come sola religione dello stato, deve indurre a ritenere abrogate le disposizioni sull'affissione obbligatoria del crocefisso.

Giustamente si osserva nell'ordinanza del tribunale dell'Aquila che l'oggetto del ricorso riguarda la questione della laicità delle istituzioni: affermazione che assume grande importanza nella specie in quanto, se non è in questione soltanto la libertà di religione degli alunni, ma anche la neutralità di un'istituzione pubblica, non è possibile prospettare una realizzazione del principio di laicità dello stato e della libertà di religione dei consociati "a richiesta", rendendosi invece necessaria una soluzione che sia connaturata all'operare stesso dell'amministrazione pubblica.

Il pluralismo religioso e culturale, sulla cui importanza nel sistema costituzionale possono leggersi le sentenze della corte costituzionale 12 aprile 1989, n. 203 e 14 gennaio 1991, n. 13, può realizzarsi soltanto

se l'istituzione scolastica rimane imparziale di fronte al fenomeno religioso. L'imparzialità dell'istituzione scolastica pubblica di fronte al fenomeno religioso deve realizzarsi attraverso la mancata esposizione di simboli religiosi piuttosto che attraverso l'affissione di una pluralità di simboli, che – si osserva giustamente nell'ordinanza – non potrebbe in concreto essere tendenzialmente esaustiva e comunque finirebbe per ledere la libertà religiosa negativa di coloro che non hanno alcun credo.

Pluralismo religioso e culturale, libertà di coscienza e di religione per tutti, eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, eguale libertà delle confessioni religiose, imparzialità dei poteri pubblici di fronte al fenomeno religioso, laicità delle istituzioni civili: sono questi i principi sui quali è fondata la decisione emessa del giudice nell'ordinanza riguardante la rimozione del crocefisso dalle aule scolastiche. L'opinione che, in conclusione, vorrei qui esprimere riguarda la necessità di ribadire la supremazia del diritto, quello che nel mondo anglosassone si definisce *the rule of Law*: senza il diritto non c'è libertà ma arbitrio; e sempre più si afferma l'esigenza che la costituzione, con le sue disposizioni, i suoi principi consolidati e i suoi valori, sia fonte di garanzia per tutti. Fa piacere che un giudice lo abbia ritenuto un principio irrinunciabile per la democrazia e la giustizia nel nostro paese.

## *La laicità in Italia: un percorso bibliografico\**

Chiedendo scusa per eventuali errori ed omissioni, ricordo qui alcuni scritti sul tema esaminato nel seminario di Ferrara del 28 maggio 2004: *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*.

La bibliografia sulla problematica della laicità dello stato e delle istituzioni civili è troppo vasta per poterla riferire completamente. I riferimenti qui indicati consentono però un'adeguata informazione bibliografica: 1947 GIACCHI O., *Lo Stato laico*, Milano, Vita e Pensiero, 1947, pp. 136; 1949 ALLORIO E., «Ancora sull'educazione atea e la discrezionalità del magistrato», *Temi*, 1949, 468; 1949 ID., «Ateismo ed educazione dei figli», *Giur. it.*, 1949, I, 2°, 11; 1949 ID., «Una grave discussione giuridica: l'ateo educatore», *Giur. it.*, 1949, IV, 33; 1949 CARNELUTTI F., «Libertà di coscienza nell'affidamento della prole al coniuge separato», *Foro it.*, 1949, IV, 56 e in AA.VV., *Studi in onore di A. Cicu*, I, Milano, Giuffrè, 1951, 145; 1949 PEPE G., *La protesta laica*, Manduria, Lacaita, 1949, 133pp.; 1950 ALLORIO E., «Ancora sul problema giuridico dell'educazione religiosa e dell'educazione irreligiosa», *Jus*, 1950, 275; 1951 BIGIAVI W., *Ateismo e affidamento della prole* (con lettera introduttiva di P. CALAMANDREI), Padova, Cedam, 1951, XVIII-179pp.; 1951 CANDIAN A., «Religiosità e ateismo dell'educatore», *Temi*, 1949, 450 e in AA.VV., *Studi in onore di A. Cicu*, I, Milano, Giuffrè, 1951, 119; 1952 FURNO C., «Ateismo ed eguaglianza», *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 132; 1953 BERTOLA A., «Appunti sulla nozione giuridica di laicità dello Stato», in AA.VV., *Scritti di sociologia e politica in onore di Don L. Sturzo*, I, Bologna, Ist. L. Sturzo, 1953, 169 e in A. BERTOLA, *Scritti minori*,

---

\* In *La Laicità Crocifissa? Il Nodo Costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 181-9.

II, Torino, Giappichelli, 1967, 351; 1953 BIGIAVI W., «Un altro più grave “caso di Ferrara”», *Foro it.*, 1953, IV, 1; 1954 BIGIAVI W., «Ancora sul “caso di Rovigo” e sul genitore non praticante», *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 207; 1956 BELLINI P., «Sui conflitti in materia matrimoniale fra ordinamenti laicizzati e ordinamenti a ispirazione confessionale cattolica», *Dir. eccl.*, 1956, I, 101; 1957 SALVEMINI G., *Clericali e laici*, Firenze, Parenti, 1957, 168pp.; 1958 CALOGERO G., «Laicismo e confessionalismo sul problema dell'educazione», *I problemi di Ulisse*, 1958, fasc. XXXI (*Stato e Chiesa*), 81; 1958 D'AVACK P.A., «Ateismo», *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 964; 1960 BERARDI R., «“Clericale” e “clericalismo” negli ultimi cento anni», *il Mulino*, 1960, 243; 1961 D'AVACK P.A., «Confessionismo», *Enc. dir.*, VIII, Milano, Giuffrè, 1961, 929; 1963 D'AVACK P.A., «La qualificazione giuridica dello Stato in materia religiosa e l'applicazione allo Stato italiano», in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, I, t. 1°, Milano, Giuffrè, 1963, 277; 1963 MORRA R., «Laicismo», *Noviss. Dig. It.*, Torino, Utet, 1963; 1966 CLAUSSE A., *L'educazione laica oggi*, Firenze, La Nuova Italia, 1966, XIV-154pp.; CALOGERO G., *Quaderno laico*, [Biblioteca di cultura moderna, 632], Bari, Laterza, 1967, 466pp.; 1967 CAPUTO G., *Il problema della qualificazione giuridica dello Stato in materia religiosa*, Milano, Giuffrè, 1967, XII-235pp.; 1967 DE LUCA L., «La qualifica dello Stato in materia religiosa», in AA.VV., *La legislazione ecclesiastica*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amm. di unificazione, Vicenza, Neri Pozza, 1967, 325; 1967 GUERZONI L., «Note preliminari per uno studio della laicità dello Stato sotto il profilo giuridico», *Arch. giur.*, 172 (1967), 61; 1970 DI NOLA A.M., «Confessione e confessionalismo», *Enc. delle religioni*, II, Firenze, Vallecchi, 1970, 318; 1971 TOMASI T., *L'idea laica nell'Italia contemporanea*, Firenze, La Nuova Italia, 1971, 261pp.; 1972 CONDORELLI M., «Libertà della Chiesa e laicità dello Stato nel recente magistero ecclesiastico», in AA.VV., *La Chiesa dopo il Concilio*, Atti Congr. intern. dir. can. (Roma, 14-19.1.1970), Milano, Giuffrè, 1972, 351; 1973 CARDIA C., *Ateismo e libertà religiosa nell'ordinamento giuridico, nella scuola, nell'informazione, dall'Unità ai giorni nostri*, Bari, De Donato, 1973, 192pp.; 1973 CARDIA C., «Religione, ateismo, analisi giuridica», in AA.VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano, Giuffrè, 1973, 1179; 1973 CHARRON A., «Les catho-

liques face à l'athéisme contemporain», *Ateismo e dialogo*, 1973, 137; 1973 CODEVILLA G., «L'ateismo è indissolubilmente legato ad ogni forma di marxismo odierno», in AA.VV., *Fede cristiana ed i marxisti oggi*, Roma, 1973, 202; 1974 Ruffini F., *Relazioni tra Stato e Chiesa. Lineamenti storici e sistematici*, a cura di F. MARGIOTTA BROGLIO, Bologna, il Mulino, 1974; 1977 ESCARPIT R., CANEVARO A., *Scuola laica scuola di tutti*, Milano, Emme, 1977, 222 pp.; 1977 GUERZONI L., «Stato laico e Stato liberale. Un'ipotesi interpretativa», *Dir. eccl.*, 1977, I, 599; 1978 BELLINI P., «Per un nuovo laicismo: per una legge comune del "fatto religioso"», *il tetto*, 1978, 193; *Ann. Fac. Scienze pol. Univ. Perugia*, 1977-78, (*Patti lateranensi. Quale revisione?*), 41 e in AA.VV., *Nuove Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Milano, Giuffrè, 1981, 167; 1978 GUERZONI L., «La laicità dello Stato liberal-democratico», *Il futuro dell'uomo*, 1978, n. 2, 15; 1978 LARICCIA S., *Diritti civili e fattore religioso*, Bologna, il Mulino, 1978, 211pp.; 1980 CARDIA C., *La riforma del Concordato. Dal confessionismo alla laicità dello Stato*, Torino, Einaudi, 1980; 1980 GIACCHI O., *Lo Stato laico*, (rist. dell'ed. del 1947), Milano, Giuffrè, 1980; 1980 TEMPESTINI A., «Laicismo e clericalismo nel Parlamento italiano tra la legge del divorzio e quella sull'aborto», *Politica dir.*, 1980, 407; 1981 AVVISATI P.G., «Giuramento dei non credenti e giuramento dei credenti: una sentenza contraddittoria», in AA.VV., *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Milano, Giuffrè, 2001, 1141; 1981 FLORIS P., «Ateismo e religione nell'ambito del diritto di libertà religiosa», *Foro it.*, 1981, I, 625; 1981 LARICCIA S., *Stato e Chiesa in Italia. 1948/1980*, Brescia, Queriniana, 1980, 358pp.; 1981 PRISCO S., «Revirement della Corte costituzionale in un'importante sentenza sul giuramento del non credente (brevi osservazioni) », in AA.VV., *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Milano, Giuffrè, 1981, 1255; 1981 VASALE C., *I cattolici e la laicità. Un contributo alla storia del movimento cattolico in Italia*, Napoli, Dehoniane, 1981, 168pp.; 1982 PAZZAGLIA L., «Scuola laica e insegnamento della religione», *Religione e scuola*, 1982, febbraio, 10; 1983 AA.VV., *Società civile, scuola laica e insegnamento della religione*, Atti del convegno nazionale (Roma, 17-19.11.1982), Roma, Queriniana, 1983, 413pp.; 1983 LARICCIA S., «L'insegnamento della religione tra concordato e legislazione unilaterale dello Stato», in AA.VV., *Società civile, scuola laica e insegna-*

mento della religione, Brescia, Queriniana, 1983, 43; *Dir. eccl.*, 1983, I, 3-37; 1983 ZANONE V., «Laicismo», *Dizionario di politica*, II ed., Torino, Utet, 1983, 573-7; 1987 CARDIA C., «Laicità dello Stato e nuova legislazione ecclesiastica», in AA.VV., *Il nuovo Accordo tra Italia e Santa Sede*, Milano, Giuffrè, 1987, 135-53; 1988 GENTILE G., *Educazione e scuola laica*, A cura di H. A. CAVALLERA, Firenze, Le Lettere, 1988; 1988 GRASSO P.G., «Laicismo di Stato e punizione del reato di bestemmia», *Giur. cost.*, 33 (1988), I, n. 4 [fasc. n. 7], 4304-6; 1988 Lariccia S., «Tutela penale dell' "ex Religione dello Stato" e principi costituzionali», *ivi*, 4311-9; 1988 SANTONI RUGIU A., «Anche la laicità in soffitta», *Il Ponte*, 44 (1988), n. 4-5, 8-20; 1988 ZANNOTTI L., «Le Comunità di base si confrontano sul tema della laicità», *Dir. eccl.*, XCVIII, 1988, n. 1-2, I, 279-83; 1989 CHADWICK O., *Società e pensiero laico*, [Varia Sei], Torino, Sei, 1989, 312pp. [Recensione di S. QUINZIO, *La nuova provvidenza*, *La Stampa*, 124 (1990), n. 5, 6 gennaio]; 1989 COLAIANNI N., «Il principio supremo di laicità dello Stato e l'insegnamento della religione cattolica», *Foro it.*, 114 (1989), I, 1333-42; 1989 COLAIANNI N., «La via giudiziaria alla laicità. L'ora di religione alla consulta», *il tetto*, 26, 1989, n. 152-3, 179-84; 1989 FLORIDIA G., SICARDI S., «Dall'eguaglianza dei cittadini alla laicità dello Stato. L'insegnamento confessionale nella scuola pubblica tra libertà di coscienza, pluralismo religioso e pluralità delle fonti», *Giur. cost.*, 34 (1989), II, [fasc. n. 3], 1086-131; 1989 MANACORDA M.A., «Il principio supremo di laicità», *per l'Alternativa*, n. 41-42, marzo-aprile 1989, 6-7; 1989 LAPORTA R., «Costituzione laica, scuola e insegnamento religioso», *Scuola e città*, 40 (1989), n. 2, 88-91; 1989 LARICCIA S., *Coscienza e libertà. Profili costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Bologna, il Mulino, 1989, 402pp., spec. 37; 1989 LAURELLI E., «La laicità dello Stato garanzia delle minoranze», *Parlamento*, III s., 35, 1989, n. 3-4, 53; 1989 MANTINEO A., «Il crocefisso nelle aule scolastiche», *Quad. dir. e pol. eccl.*, 1989/1, 197-204; 1989 MUSSELLI L., «Insegnamento della religione cattolica e tutela della libertà religiosa», *Giur. cost.*, 34 (1989), I, n. 2 [fasc. 4], 908-11; 1989 SAMB D., «La laicità: archeologia, storia, significati», *Coscienza e libertà*, 5, 1989, n. 15, 13-24; 1989 SPIRITO P., «Ora di religione e principio supremo della laicità dello Stato», *il tetto*, 26 (1989), n. 152-3, 184-94; 1989 TALAMANCA A., «Insegnamento religioso e principio di laicità: un parametro di costituzionalità tra di-

scordanze giurisprudenziali e polemiche ideologiche», *Dir. eccl.*, 99 (1989), n. 1, I, 23-34; 1989 VALITUTTI S., «Religione e Stato laico», *Nuovi studi politici*, 19 (1989), n. 1, 45-7; 1989 VALITUTTI S., «Sulla cultura laica», *ivi*, n. 2, 51-3; 1990 CARDIA C., «Stato laico», *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 43 (1990), 874-90; 1990 FINOCCHIARO F., «Un “affaire” piccolo, piccolo: “l’union des athees» non è un’associazione culturale», *Quad. dir. e pol. eccl.*, 7 (1990), n. 1, 498-504; 1990 LARICCIA S., «Il contributo di Piero Calamandrei per la laicità dello Stato e la libertà religiosa in Italia», in *Piero Calamandrei. Vendidue saggi su un grande maestro*, a cura di P. BARILE [Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 32], Milano, Giuffrè, 1990, 455-88; 1990 ID., «La garanzie delle libertà di religione: il contributo di Paolo Barile», in *Scritti in onore di Paolo Barile*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 90-8; 1992 CAMPANINI G. «L’azione cattolica e la svolta conciliare. Il senso e il valore della laicità», *Studium*, 88 (1992), n. 4, 537-54; 1992 CASERTA M., «Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell’esperienza giuridica contemporanea», *Arch. giur.*, 212 (1992), II, 345-54; 1992 DALLA TORRE G., *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell’esperienza giuridica contemporanea*, Roma, Studium, 1992, 300pp.; 1994 LARICCIA S. «Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia», *Il diritto ecclesiastico*, 1994; 1994 ID., «Laicità e politica nella vicenda dello Stato italiano contemporaneo», *Behemoth*, 9 (1994), n. 16, 75-84; 1996 ID., «Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia», in *Il principio di laicità nello Stato democratico*, a cura di M. TEDESCHI, Soveria Mannelli, Rubettino, 1996, 143-96; CAVANA P., *Interpretazioni della laicità*, Roma, Ave, 1998; 1998 FONTANA G., «Il principio supremo di laicità nello Stato democratico pluralista e la tutela penale del sentimento religioso», *Giur. it.*, 150 (1998), 987; 1999 MARZO E., OCONE C. (eds.), *Manifesto laico*, Roma-Bari, Laterza, 1999; 1999 LARICCIA S., «Esigenze di laicità della società italiana», *ivi*, 59-67; 2000 BUSNELLI F.D., NAVARRETTA E., «Battesimo e nuova identità atea: la legge n. 675/1996 si confronta con la libertà religiosa», *Quad. dir. e pol. eccl.*, 8 (2000), n. 3, 855-71; 2000 DE OTO A., «Presenza del crocifisso o di altre immagini religiose nei seggi elettorali: la difficile affermazione di una “laicità effettiva”». Osservazioni a Cass. pen. n. 439 del 2000», *Quad. dir. e pol. eccl.*, 8 (2000), n. 3, 837-46; 2000 LUNATI G., *Laicismo e religiosità*, Manetti, 2000, 110; 2000 OLIVETTI M., «Incostitu-

zionalità del vilipendio della religione di Stato, uguaglianza senza distinzione di religione e laicità dello Stato», *Giur. cost.*, 45 (2000), 3972; 2000 OTTINO C., «Laicità e multiculturalità: linee di un confronto attuale», *Laicità*, 12 (2000), n. 2-3, 1-2; 2000 OTTINO C., «Montagnana assolto. Ma i crocifissi restano fuori posto», *Laicità*, 12 (2000), n. 2-3, 9; 2000 PEDRAZZI L., «A proposito di laici e cattolici», *il Mulino*, 49 (2000), n. 392, 1141-4; 2000 POMBENI P., «A proposito di laici e cattolici», *il Mulino*, 49 (2000), n. 392, 1144-52; 2000 POSSENTI V., «A proposito di laici e cattolici», *il Mulino*, 49 (2000), n. 392, 1152-8; 2000 Randazzo B., «Vilipendio della religione; una dichiarazione d'incostituzionalità "obbligata"», *Giur. cost.*, 45 (2000), 3979; 2000 RIMOLI F., «Laicità», in *Dizionario costituzionale*, a cura di M. AINIS, Roma-Bari, Laterza, 2000, 269-70; 2000 SICARDI S., «Libertà religiosa e laicità: una questione tra cattolici e laici?», *Laicità*, 12 (2000), n. 4, 5 e *Riforma*, 2000; 2001 ALBO F., «Il principio supremo di laicità dello Stato non passa il vaglio della corte costituzionale in materia di "reati di religione"», *Giur. it.*, 2001, 2229; CECCANTI S., «Una legge bavarese sul crocifisso», in [www.unife.it/forumcostituzionale](http://www.unife.it/forumcostituzionale) 8.11.2003; 2001 FERRARI DA PASSANO P., «Sulla laicità dello Stato», *Civ. catt.*, 152 (2001), n. 3620, 133-42; 2001 GHISALBERTI C., «Laicità e laicismo nell'esperienza italiana», *Clio*, 37 (2001), n. 2, 223-32; 2001 MIRABELLI C., «Prospettive del principio di laicità dello Stato», *Quad. dir. e pol. eccl.*, 9 (2001), n. 2, 65-80; 2001 STILO L., «Dalla "morte" del principio di laicità dello Stato alla sua resurrezione», *Il Nuovo Diritto*, 2001, II, 364; 2001 VENTURA M., *La laicità dell'unione europea*, Torino, Giappichelli, 2001, 277pp.; 2002 FANTAPPIÉ C., «Riforma religiosa e laicità in Arturo Carlo Jemolo», *Materiali storia cultura giuridica*, 32 (2002), n. 1, 183-210; 2002 FINOCCHIARO F., «Alle origini della laicità statale», *Dir. eccl.*, 113 (2002), n. 4, 1257-85; 2002 FUSARO C., «La "laicità" (?) dell'ordinamento italiano davanti alla sfida del neo-giurisdizionalismo», [www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it](http://www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it), 21.5.2002; 2002 GUAZZAROTTI A., «La condizione degli insegnanti di religione e la "foglia di fico" della laicità dello Stato», [www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it](http://www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it), 9.6.2002; 2002 LARICCIA S., «Laicità, garanzia di libertà per tutti», *Confronti*, 2002, n. 3, 4; 2 2002 RANDAZZO B., «Unità politica e unità religiosa: un caso di diniego di autorizzazione all'esercizio del culto», *Quad. cost.*, 22 (2002), n. 3, 623-5; 2002

ZANNOTTI L., «La laicità senza riserve (a proposito del libro di G. E. RUSCONI, *Come se Dio non ci fosse*)», *Quad. dir. e pol. eccl.*, 10 (2002), n. 2, 401-30; 2003 BOTTA R., «La parità scolastica e la laicità “latitante”», in C. CARDIA (ed.), *Studi in onore di Anna Ravà*, Torino, Giappichelli, 2003, 153-74; 2003 CIMBALO G., «Laicità dello Stato ed esposizione dei simboli religiosi negli uffici pubblici», [www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it](http://www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it), 11.11.2003; 2003 COMITATO TORINESE PER LA LAICITÀ DELLA SCUOLA (ed.), *Laicità. Domande e risposte in 38 interviste*, Pref. di A. GALANTE GARRONE, Introduzione di C. OTTINO, Risposte di A. GALANTE GARRONE, L. FIRPO, M.G. SESTERO, F. BOLGIANI, G. FUBINI, G. NEPPI MODONA, F. GIAMPICCOLI, P. BELLINI, N. BOBBIO, G. ZAGREBELSKY, A. LUZZATTO, M. MANSOUBI, F. GRILLINI, S. LEVI DELLA TORRE, M.A. MANACORDA, A. SEMERARO, F. CIAFALONI, S. RODOTÀ, B. BINI, L. TOMASSONE, L. LEONE, A.E. GALEOTTI, C. MAUCERI, L. FERRAJOLI, G. LONG, D. SCAGLIONE, S. LARICCIA, N. COLAIANNI, E. MARZO, D. TOMASETTO, C.A. VIANO, P. FLORES D'ARCAIS, G. RICUPERATI, M. MORI, G. DE LUNA, P. SYLOS LABINI, V. POCAR, G. VATTIMO, V. SPINI, Torino, Claudiana, 2003, 230 pp.; 2003 DOMIANELLO S., «Il “diritto ecclesiastico matrimoniale” fra domande di libertà e di eguaglianza ed istanze di laicità dello Stato», in C. CARDIA (ed.), *Studi in onore di Anna Ravà*, Torino, Giappichelli, 2003, 311-38; 2003 FERRARI A., «Laicità e religione civile: qualche osservazione su un “matrimonio dispari”», *Quad. dir. e pol. eccl.*, 11 (2003), n. 1, 139-64; 2003 FINOCCHIARO F., «Laicità e riforme scolastiche in Francia nella III Repubblica», in C. CARDIA (ed.), *Studi in onore di Anna Ravà*, Torino, Giappichelli, 2003, 411-20; 2003 FUSARO C., «Commento agli interventi di Stefano Ceccanti e di Andrea Guazzarotti», [www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it](http://www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it), 3.11.2003; 2003 GUAZZAROTTI A., «Giuristi tra i crocifissi», [www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it](http://www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it), 30.10.2003; 2003 LARICCIA S., «La Costituzione è la fonte di tutte le garanzie», [www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it](http://www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it), 19.11.2003; 2003 ID., «Una legge a garanzia della laicità?», [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); 2003 ID., «Torniamo alla Costituzione», *Critica liberale*, 10 (2003), n. 96, 171-3; 2003 SANTONI RUGIU A., «Un viagra contro il *De profundis* della laicità», *Il Ponte*, 59 (2003), n. 1, 3-4; 2003 TONDI DELLE MURA A., «Dei politici laici e dei giuristi chierici. Note a margine del dibattito sull'obbligatorietà del crocefisso nelle scuole», [www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it](http://www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it), 17.11.2003; 2003 TOSI R., «Il cro-

cefisso, il pallottoliere e gli altri arredi scolastici», [www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it](http://www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it), 30.10.2003; 2004 LARICCIA S., «Problemi in tema di laicità dello Stato e delle istituzioni civili», in *Studi in memoria di Livio Paladin*, Padova, Cedam, 2004, pp. 1245-55.

Con riferimento agli articoli 18 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 e 9 della *Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 1950, cfr. MARGIOTTA BROGLIO F., *La protezione internazionale della libertà religiosa nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 13; MUSSELLI L., «Le norme europee a tutela della libertà religiosa: problemi di interpretazione», *Il Politico*, 1975, p. 306 ss.; MORVIDUCCI, *La protezione della libertà religiosa nel sistema del Consiglio d'Europa*, in *La tutela della libertà di religione. Ordinamento internazionale e normative confessionali*, a cura di FERRARI e SCOVAZZI, Padova, 1988; BELGIORNO De STEFANO G., *La libertà religiosa nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Quad. dir. e politica eccl.*, 1989, 285 ss.; MORVIDUCCI, «Libertà di religione o di convinzioni - dir. int.», *Enc. giur.*, 19 (1990), Roma, Treccani, 3; FERRARI DA PASSANO, STARACE, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992; MARTINEZ TORRON, «La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa», *Riv. int. diritti dell'uomo*, 1993, 335; ID., «La libertad de proselitismo en Europa. A proposito de una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Quad. di dir. e politica eccl.*, 1994, 59; SCOVAZZI, «Libertà di religione e testimoni di Geova secondo due sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo», *Quad. di dir. e politica ecclesiastica*, 1994, 719; MARGIOTTA BROGLIO F., «Uno scontro tra libertà: la sentenza Otto Preminguer Institut della Corte europea», *Riv. dir. int.*, 1995, 368; CANNONE, «Gli orientamenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia religiosa», *Riv. intern. dir. dell'uomo*, 1996, 264 e in AA.VV., *Minoranze, laicità, fattore religioso. Studi di diritto internazionale e di diritto ecclesiastico comparato*, a cura di R. COPPOLA e A. TROCCOLI, Bari, 1997, 119; MARGIOTTA BROGLIO F., *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione Europea*, in F. MARGIOTTA BROGLIO, C. MIRABELLI, F. ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Bologna, 1997; SCOVAZZI T., «Una seconda sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla libertà di religione in Grecia», *Quad. dir. e politica*

*eccl.*, 14 (1997), 753; CAROBENE, «Sulla protezione internazionale della libertà religiosa», *Dir. eccl.*, 1998, I, 363; DE SALVIA, *Compendium de la CEDH. Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 1998, spec. 240; PARISI S., «La sentenza Larissis della Corte Europea dei diritti dell'uomo e la tutela della libertà di religione», *Dir. eccl.*, 1999, II, 236; LARICCIA S., «Art. 9», in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)*, a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, Padova, Cedam, 2001, 319-35; ID., «Minoranze in Europa», *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, Giuffrè, 2001, 762-74; RANDAZZO B., «Democrazia e laicità a Strasburgo», *Quad. cost.*, 22 (2002), n. 1, 83-5. Per utilissimi riferimenti di diritto comparato, cfr. CECCANTI S., *Libertà religiosa e diritto comparato. Soluzioni consolidate e tendenze odierne*, Matera-Roma, 1999.

## *Limiti costituzionali alla discrezionalità del legislatore ordinario nella disciplina della giustizia amministrativa\**

[NOTA A CORTE COSTITUZIONALE (5) 6 LUGLIO 2004, N. 204]

1. La Corte costituzionale, con quattro ordinanze del Tribunale di Roma (nn. 488/02, 226, 227 e 680/03), era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del sistema di riparto di giurisdizione, per blocchi di materie, creato con l'ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per effetto degli artt. 33 e 34 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come riformulati dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205. La sentenza era molto attesa: può dirsi che non vi sia stato, negli ultimi sei anni, un convegno dedicato ai problemi della giustizia amministrativa, nel quale non si sia osservato che ogni conclusione della dottrina e ogni pronuncia della giurisprudenza ordinaria e amministrativa avrebbero dovuto ritenersi del tutto provvisorie in attesa della pronuncia del giudice naturale sulla costituzionalità delle leggi. «La parola alla Corte costituzionale»: era l'auspicio di coloro che sanno che i giudici costituzionali, per natura e funzione, normalmente operano con “visuali” più ampie e “spalle” più larghe rispetto agli altri giudici<sup>1</sup>.

Con la sua sentenza la Corte ha deluso le speranze di quanti ritenevano che i giudici costituzionali avrebbero preferito evitare di affrontare nel merito le questioni sottoposte al loro esame. Prima di considerare le conclusioni accolte nella sentenza, vorrei fare una breve premessa di metodo, se così si può dire, a proposito dell'osservazione critica formulata circa l'“opportunità” della scelta dei giudici remittenti di trasformare la Corte costituzionale in un giudice della giurisdizione, considerando che a risultati analoghi a quelli conseguiti

---

\* In *Giurisprudenza costituzionale*, 48, 2004, pp. 2220-29.

<sup>1</sup> Riprendo le felici espressioni di P. VERONESI, Prefazione al volume *La laicità crocifissa?, Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino, 2004, XIII.

dalla Corte costituzionale avrebbe ben potuto giungere, con la sua opera di interpretazione, la Corte di cassazione quale giudice della giurisdizione, coadiuvata da un'opera di saggio *self-restraint* da parte del Consiglio di Stato, cosicché sarebbe auspicabile che, per il futuro la soluzione dei problemi di giurisdizione vada esclusivamente cercata davanti a giudici diversi rispetto al giudice delle leggi<sup>2</sup>. A mio avviso non può invece essere condivisa l'opinione che, in un sistema di giustizia amministrativa nel quale molti importanti principi sono previsti nella carta costituzionale del 1948, il problema del riparto delle giurisdizioni sia un problema di esclusiva competenza dei giudici ordinari e amministrativi: a parte la considerazione che l'esperienza insegna quanto dannosa, per la tutela giurisdizionale dei diritti dei cittadini, sia risultato, in un'esperienza ormai ultracentenaria, il conflitto tra i giudici ordinari e i giudici amministrativi caratterizzato, nella ricerca delle soluzioni più idonee per garantire tale tutela, da numerosi episodi di concorrenza, talora anche sleale, tra le due magistrature, occorrerebbe, a me sembra, continuare a credere che il compito di valutare la legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge spetta alla Corte costituzionale e che, nello svolgere il ruolo di giudice naturale delle leggi, la Corte «si sforza sempre (anche se qualche volta non ci riesce) di far prevalere la *lex superior*, la Costituzione rigida, sulle fonti legislative che più o meno apertamente la contraddicono»<sup>3</sup>.

2. Comprendere le ragioni del giudice è il compito principale di chi commenta una sentenza: un obiettivo che non tutti si pongono, penso di poter dire, considerando alcune osservazioni dedicate alla sentenza n. 204, nelle quali l'ansia di esprimere una polemica reazione nei confronti della decisione della Corte sembra prevalere sull'esigenza di capire i motivi sui quali la sentenza è fondata. Per comprendere le ragioni che hanno indotto la Corte costituzionale ad accogliere le conclusioni espresse nel dispositivo della sentenza, è opportuno tenere presenti i precedenti che hanno portato alla pronuncia di incostitu-

---

<sup>2</sup> A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 974 ss., spec. 975.

<sup>3</sup> L. ELIA, *La Corte ha fatto vincere la Costituzione*, in questa *Rivista, retro*, 394 ss., spec. 394.

zionalità: precedenti che hanno determinato, come ha onestamente ammesso Pasquale De Lise, una situazione di “pangiurisdizionalismo amministrativo” rispetto alla quale era facilmente prevedibile un orientamento negativo da parte della Corte costituzionale<sup>4</sup>.

L’art. 11 l. n. 59 del 1997 aveva conferito al governo un’ampia delega legislativa per la riforma dell’amministrazione pubblica: la delega venne attuata nel d.lgs. n. 80 del 1998. I due testi normativi contenuti nel d.lgs. n. 80 del 1998 e nella legge delega n. 59 del 1997 hanno finalità non coincidenti tra loro, tanto che, con sentenza 17 luglio 2000, n. 292<sup>5</sup>, la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale l’art. 33, c. 1, d.lgs. n. 80 del 1998, in contrasto con le conclusioni accolte nell’ordinanza dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 1 del 30 marzo 2000)<sup>6</sup>, che aveva ritenuto manifestamente infondata la questione di costituzionalità degli artt. 33, 34, 35 d.lgs. n. 80 del 1998, con riferimento agli artt. 3, 24, 97, 100, 103 e 113 cost.<sup>7</sup>. In base alla formulazione letterale della legge di delega, l’estensione della giurisdizione amministrativa avrebbe dovuto riguardare soltanto specifiche controversie «aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno [...]» riferite a determinate materie («[...] in materia edilizia, urbanistica e

---

<sup>4</sup> Intervento nel convegno su *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, organizzato il 20 ottobre 2004 nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Roma Tre a cura di M.A. SANDULLI.

<sup>5</sup> Pubblicata in questa *Rivista*, 2000, 2221 ss., con nota redazionale di R. ALESSE, *ivi*, 2236 ss.

<sup>6</sup> Con tale ordinanza, pubblicata in *Foro it.*, 2000, III, 368 ss., il Consiglio di Stato esaminava il problema della giurisdizione esclusiva, dopo che Cons. Stato, sez. V, con ord. 9 novembre 1999, n. 1223, ne aveva sollecitato l’intervento. Si tratta di una pronuncia nella quale l’esigenza di “dimostrare” pare quasi prevalere su quella di “decidere”, con uno stile che richiama alla memoria quello analogo che aveva caratterizzato la “storica” sentenza della Corte di Cassazione a sezioni unite n. 500 del 1999: cfr. F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, *ivi*, 368 ss.

<sup>7</sup> Il problema di costituzionalità venne esaminato dalla Commissione affari costituzionali del Senato, che il 17 luglio 2000, quattro giorni prima del voto parlamentare sulla l. n. 205 del 2000, approvò un ordine del giorno che impegnava il governo ad assumere ogni opportuna iniziativa per «l’emanazione di norme interpretative idonee a cristallizzare il principio di rilevanza della giurisdizione sopravvenuta già affermato dal diritto vivente».

di servizi pubblici [...]»): nella delega, infatti, non si faceva alcuna menzione dell'espressione giurisdizione esclusiva<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Il problema dei limiti costituzionali all'ampliamento della giurisdizione esclusiva è esaminato da N. SAITTA, *Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giudice amministrativo: la (persistente) "specialità" della giurisdizione amministrativa alla ricerca di un'identità smarrita*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 61 ss. Con riferimento ai molti problemi sollevati dalle novità introdotte dal legislatore con l'approvazione del d.lgs. n. 80 del 1998, cfr., tra gli altri, C. VARRONE, *Le nuove 'frontiere' del processo amministrativo: minirivoluzione o razionalizzazione dell'esistente in tema di risarcibilità delle posizioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione?*, in *Foro amm.*, 1997, 3362 ss.; F. BILE, *Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 1998, 1475 ss.; V. CAIANIELLO, *Il giudice amministrativo ed i nuovi criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Foro amm.*, 1998, 1952 ss.; R. CARANTA, *Danni da lesione di interessi legittimi: la Corte costituzionale prende tempo*, in *Foro it.*, 1998, I, 3487 ss.; V. CARBONE, *Risarcimento di interessi legittimi: la Corte costituzionale "si astiene"*, il legislatore apre nuovi orizzonti, in *Corr. giur.*, 1998, 651 ss.; E. FOLLIERI, *Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi alla luce del d.lgs. n. 80/1998*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 453 ss.; M. LIPARI, *La nuova giurisdizione amministrativa in materia edilizia, urbanistica e dei pubblici servizi*, in *Urbanistica e app.*, 1998, 596 ss.; M. MAZZAMUTO, *Servizi pubblici e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel d.lgs. n. 80 del 1998*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. servizi*, 1998, 25 ss.; L.V. MOSCARINI, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 817 ss.; S. CASSESE, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1221 ss.; F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi (Nota a Cass. 22 luglio 1999, n. 500 SU)*, in *Foro it.*, 1999, I, 3212 ss.; M. MAZZAMUTO, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario?*, in *Giur. it.*, 1999, 1123 ss.; A. ROMANO, *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi? (Nota a Cass. 22 luglio 1999, n. 500 SU)*, in *Foro it.*, 1999, I, 3222 ss.; L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam. Commento a cass. sez. un., 22 luglio 1999, n. 500*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 832 ss.; C. VARRONE, *Nuovi scenari (e nuovi compiti) per il giudice amministrativo in tema di tutela risarcitoria e pubblici servizi*, in *Foro it.*, 1999, I; D. DALFINO, *Art. 33 d.leg. 80/98: la nozione di "pubblici servizi" secondo le sezioni unite*, in *Foro it.*, 2000, I, 2210 ss.; A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, 26 ss.; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione: dal criterio del petitum con pregiudizialità del giudice amministrativo alla legge n. 205 del 2000*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 319 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001; A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 ss.; R. TISCINI, *La giurisdizione esclusiva tra (vecchi e nuovi) sospetti di illegittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 801 ss.; A. TRAVI, *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme*, in *Foro it.*, 2001, V, 68 ss.; A. PAJNO, *Il riparto della giurisdizione*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*,

Non soltanto con riferimento alla disposizione contenuta nell'art. 33, c. 1, d. lgs. n. 80 del 1998, ma anche riguardo a quelle degli artt. 34 e 35, il legislatore è incorso in un eccesso di delega (v. ora, con riferimento all'art. 34, c. 1 e 2 d. lgs. n. 80 del 1998, la sentenza della Corte costituzionale n. 281 del 2004, che si riferisce a una fattispecie anteriore all'approvazione della legge n. 205 del 2000<sup>9</sup>). Infatti, la nuova formulazione dell'art. 7, c. 3, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, prevista dall'art. 35, c. 4, d.lgs. n. 80 del 1998, comporta l'attribuzione al giudice amministrativo, in tutte le materie affidate alla sua giurisdizione esclusiva, della cognizione delle questioni patrimoniali consequenziali, vale a dire delle questioni risarcitorie conseguenti l'annullamento di provvedimenti amministrativi. Il legislatore delegante aveva invece prefigurato l'estensione della giurisdizione amministrativa «[...] alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali [...]» soltanto limitatamente alle materie dell'edilizia, dell'urbanistica e dei servizi pubblici<sup>10</sup>.

Dopo la ricordata sentenza n. 292 del 2000, con la quale la Corte, aderendo all'opinione espressa da molti autori<sup>11</sup>, aveva dichiarato incostituzionale l'art. 33, c. 1, d.lgs. n. 80 del 1998, giudici e legislatore avrebbero dovuto prestare maggiore attenzione a quello che poteva definirsi un "campanello d'allarme": la questione delle conseguenze pratiche deducibili dalla pronuncia di incostituzionalità è stata invece

---

tomo V, *Il processo amministrativo*, II ed., Milano, 2003, 4279 ss.; B. SASSANI, *La giurisdizione esclusiva*, *ivi*, 4673 ss.; G. MONTEODORO, *La costituzionalità del nuovo assetto* in S. CASSESE (ed.), *Trattato di diritto amministrativo del riparto di giurisdizione dopo l'Adunanza plenaria n. 4 del 2003*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 94 ss.

<sup>9</sup> Con tale sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, c. 1 e 2, d. lgs. n. 80 del 1998, nella parte in cui istituisce una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di edilizia e urbanistica, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, *ivi* comprese quelle relative al risarcimento del danno: la sentenza è pubblicata *infra*, 2828 ss.

<sup>10</sup> G. VIRGA, *Le riforme a metà*, in *Giur. amm. siciliana*, 1998, 284.

<sup>11</sup> Cfr. in particolare A. TRAVI, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 556 ss. Perplexità sull'ampliamento della giurisdizione esclusiva esprimeva sin dal 1996 G. PASTORI, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 926 ss.; per la dottrina anteriore alle riforme attuate con il d.lgs. n. 80 del 1998 e la legge n. 205 del 2000, v. anche E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. IV, Disc. pubbl.*, Torino, 1992.

ritenuta superata dalla legge n. 205 del 2000, la quale, con normativa non più delegata, ha riformulato, all'art. 7, i corrispondenti artt. 33, 34 e 35 d.lgs. n. 80 del 1998.

3. La Corte costituzionale, prima della sentenza n. 204, aveva rinunciato a indicare i limiti posti alla “discrezionalità” del legislatore ordinario<sup>12</sup> e in più occasioni aveva indotto a ritenere che il legislatore ordinario fosse sostanzialmente “libero” di ripartire le varie controversie tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo<sup>13</sup>: ancora di recente, con l'ordinanza n. 439 del 2002<sup>14</sup>, la Corte ha sottolineato: «questa Corte ha ripetutamente affermato che resta rimesso alla scelta discrezionale (con i consueti limiti della non manifesta irragionevolezza e palese arbitrarietà) del legislatore ordinario – suscettibile di modificazioni in relazione ad una nuova valutazione delle esigenze di giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti sostanziali – ripartire la giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, a seconda della tipologia e del contenuto dell'atto oggetto di tutela giurisdizionale, conferendo anche un potere di annullamento con gli effetti previsti dalla legge».

Il giudice amministrativo, da parte sua, ha dimostrato insensibilità per l'esigenza di rispetto dei principi costituzionali in tema di giustizia amministrativa, come una parte della dottrina aveva osservato commentando l'ordinanza con la quale l'Adunanza generale del Consiglio di Stato aveva ritenuto *manifestamente* infondate tutte le questioni di legittimità costituzionale sottoposte al suo esame (e tra queste anche la questione di costituzionalità riferita alla lesione dell'art. 103 cost.), sacrificando l'esigenza di ottenere tempestivamente una pronuncia della Corte costituzionale idonea a superare i molti dubbi di costi-

---

<sup>12</sup> Sin dal 1998 lo facevano notare tra gli altri R. CARANTA, *Danni da lesione di interessi legittimi*, cit.; V. CARBONE, *Risarcimento di interessi legittimi*, cit.; v. ora sul punto M. CLARICH, *La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 969 ss., spec. 970.

<sup>13</sup> Cfr. le sentenze n. 47 del 1976, in questa *Rivista*, 1976, I, 362 ss., 43 del 1977, *ivi*, 1977, I, 159 ss., 140 del 1980, *ivi*, 1980, I, 1161 ss., 62 del 1996, *ivi*, 1996, 623 ss., 275 del 2001, *ivi*, 2001, 2306 ss., con nota di P. CHIRULLI, 2315 ss. e le ordinanze n. 414 del 2001 *ivi*, 2001, 3967 ss. e 161 del 2002, *ivi*, 2002, 1367 ss.

<sup>14</sup> *Ivi*, 2002, 3609 ss.

tuzionalità che soltanto la Corte avrebbe potuto e dovuto chiarire<sup>15</sup>.

4. Dubbi e perplessità circa le soluzioni accolte nella sentenza n. 204 del 2004 emergono in numerosi commenti, per la maggior parte assai critici, dalla cui lettura si trae l'impressione che, in dottrina, molti ritengano: che la valutazione del problema affrontato nella sentenza abbia rappresentato un'occasione perduta per colmare il fossato che separa il nostro sistema amministrativo da quello dei paesi aderenti all'Unione europea, che in massima parte ignorano la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi<sup>16</sup>; che la conclusione accolta dalla Corte si fonda su un ragionamento svolto con un lessico molto tradizionale e con categorie concettuali da molti anni oggetto di revisione da parte della scienza del diritto amministrativo<sup>17</sup>; che gli esiti della pronuncia della Corte costituzionale, che rappresenta una sorta di *arbitrato costituzionale*, «finiscono con il ripristinare, se non la situazione del 1948, la logica che la sorreggeva»<sup>18</sup>; che la sentenza «fa compiere al diritto amministrativo *sostanziale* (prima ancora che a quello *processuale*) un gigantesco passo indietro, relegandolo nuovamente nell'ambito delle prospettazioni dogmatiche del primo novecento [...]»<sup>19</sup>; che la Corte ha applicato una visione distorta del

---

<sup>15</sup> Per la tesi, sostenuta in dottrina, della incostituzionalità delle nuove disposizioni in tema di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si sono pronunciati tra gli altri A. PROTO PISANI, *Verso il superamento*, cit.; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, cit.; R. TISCINI, *La giurisdizione esclusiva*, cit.; A. TRAVI, *Giustizia amministrativa*, cit.; B. SASSANI, *La giurisdizione esclusiva*, cit., di recente aveva invece negato che «un'ipoteca di costituzionalità possa gravare sulla discrezionalità legislativa rispetto alla distribuzione della giurisdizione per blocchi di materie».

<sup>16</sup> Cfr. M. CLARICH, *La «tribunalizzazione»*, cit., 974; v. anche S. GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva, Corte Costituzionale e nodi di Gordio*, in *giurisprudenza.it* (in corso di pubblicazione in *Il Consiglio di Stato*).

<sup>17</sup> B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 979 ss., spec. 979; cfr. anche L. TORCHIA, intervento nel già ricordato convegno del 20 ottobre 2004.

<sup>18</sup> A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva ed «arbitrato» costituzionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 983 ss., , spec. 983 e 984. Di una «soluzione “salomonica” che potesse contentare un po' tutti» parla S. GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva*, cit., 13.

<sup>19</sup> F. TEDESCHINI, *I «comportamenti» dell'amministrazione alla ricerca del giudice perduto*, in *giurisprudenza.it*.

principio di separazione dei poteri e non ha colto tutte le possibilità che l'ordinamento avrebbe consentito<sup>20</sup>; che la sentenza, «riesumando una concezione protocostituzionale di riparto di giurisdizione», fa «intravedere un ritorno indietro nel tempo di almeno trent'anni», per cui è auspicabile che i magistrati amministrativi continuino assieme a cercare con la propria testa, «senza limitarsi ad accettare acriticamente verità esterne, da chiunque provengano»<sup>21</sup>.

I commenti dedicati alla sentenza<sup>22</sup> contengono interessanti valutazioni critiche che meritano di essere attentamente considerate; tuttavia, non potendosi qui esaminare tutti i punti in discussione, è necessario cercare di cogliere gli aspetti centrali del problema. Innanzi tutto è da valutare positivamente che la Corte, diversamente da quanto era avvenuto in precedenza, abbia deciso di affrontare il merito delle questioni sottoposte al suo giudizio; nel merito la Corte, per dichiarare la illegittimità costituzionale di alcune disposizioni contenute nella l. n. 205 del 2000, afferma che la Costituzione «ha recepito il nucleo dei principi in materia di giustizia amministrativa quali evolutisi a partire

---

<sup>20</sup> A. BARBERA, relazione al convegno annuale dell'Associazione dei costituzionalisti (Padova 22-23 ottobre 2004) sul tema *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*.

<sup>21</sup> S. GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva*, cit., che conclude il suo saggio invitando i colleghi a rimboccarsi le maniche con la parole, riprese da un famoso discorso del papa, «damose da fa».

<sup>22</sup> Oltre ai commenti citati nelle note precedenti, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 820 ss.; F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *giustamm.it*; R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo la Corte costituzionale 6 luglio 2004*, in *LexItalia.it*; F. LORENZONI, *Commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004*, in *federalismi.it*; G.P. ROSSI, *Il vecchio interesse legittimo ringrazia la Corte costituzionale, in Servizi pubblici e appalti*, 2004, n. 3; F. SAITTA, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni (d'agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in *LexItalia.it*; M. A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte Cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. dell'edilizia*, 2004, n. 4; B. SASSANI, *Costituzione e giurisdizione esclusiva: impressioni a caldo su una sentenza storica*, in *GiustAmm.it*; R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 832 ss.; G. VIRGA, *Il giudice della funzione pubblica (sui nuovi confini della giurisdizione esclusiva tracciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004)*, in *LexItalia.it*.

dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865» e dunque il riparto delle giurisdizioni del giudice ordinario e del giudice amministrativo fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi; la situazione esistente nel 1948 e il sistema previsto nella nostra vigente Costituzione non devono certo ritenersi «cristallizzati», ed è certamente ammissibile un'eventuale revisione delle disposizioni costituzionali che li prevedono, ma deve d'altra parte escludersi che dalla Costituzione non si desumano i confini entro i quali il legislatore "ordinario" deve contenere i suoi interventi volti a distribuire le funzioni tra i due ordini di giudici; la giurisdizione amministrativa non deriva dalla circostanza che parte in causa sia una pubblica amministrazione; non è neppure decisiva la semplice sussistenza di un rilevante pubblico interesse; l'art. 103 cost. circoscrive la discrezionalità del legislatore a materie "particolari" nelle quali la tutela investe anche diritti soggettivi. Sull'esattezza di tali affermazioni a me sembra che non vi siano molti dubbi, anche se si tratta di affermazioni che hanno l'effetto di contestare radicalmente tesi sulle quali si è invece formato, negli anni più recenti, un notevole consenso in dottrina e nella giurisprudenza amministrativa<sup>23</sup>: la tesi secondo cui il criterio di riparto per blocchi di materie introdotto come criterio prevalente del riparto delle giurisdizioni dal legislatore ordinario doveva ritenersi del tutto compatibile con le previsioni normative del testo costituzionale; la tesi secondo cui la stessa Costituzione avrebbe indicato quale via da percorrere l'abbandono del riferimento alla natura delle situazioni soggettive azionate; la tesi secondo cui rientrerebbe nella piena discrezionalità del legislatore ordinario l'individuazione delle materie della giurisdizione esclusiva; la tesi secondo cui il giudice amministrativo sarebbe il giudice dell'Amministrazione e dell'interesse pubblico. Su questi punti io credo che, anziché proporsi di contestare le conclusioni accolte dal giudice costituzionale e perseguire l'obiettivo dell'approvazione di nuove disposizioni normative (del legislatore ordinario) favorevoli alle tesi ritenute inesatte dal giudice delle leggi, sarebbe preferibile prendere atto della posizione autorevolmente assunta dalla Corte costituzionale.

---

<sup>23</sup> Per una chiara individuazione di tali tesi, cfr. R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204*, cit., 833.

So bene quanto scarso rilievo abbia oggi per molti il riferimento alla Carta costituzionale del 1948; per limitarmi alla materia della giustizia amministrativa, penso però che sia necessario valutare con forte diffidenza i tentativi di risolvere delicati problemi di costituzionalità ricorrendo a discutibili espedienti di compromessi giudiziari. È noto che, al fine di perseguire un difficile equilibrio sul riparto di giurisdizione, autorevoli “contatti” erano stati avviati dai vertici delle due magistrature, quella ordinaria e quella amministrativa, prima che si conoscessero le conclusioni della Corte costituzionale<sup>24</sup>. A mio avviso, occorre considerare criticamente l’espedito di affidare ai vertici delle istituzioni giurisdizionali, anziché ai singoli giudici, la soluzione dei problemi interpretativi del diritto: un espediente a proposito del quale tornano alla memoria le giuste considerazioni di Mario Nigro, che poneva in rilievo i *vulnera* che possono venire alla indipendenza dei giudici da «tutti i meccanismi socio-giuridici riduttivi della sua libertà di decisione, come lo spirito di corpo, la giurisprudenza consolidata ecc.»<sup>25</sup>; uno dei “meccanismi” più pericolosi per l’indipendenza dei giudici è proprio quello consistente nel risolvere le questioni dell’applicazione del diritto vigente attraverso contatti e decisioni dei vertici delle magistrature. In proposito occorre ricordare quanto avvenne in occasione del “concordato giurisprudenziale”, meglio definibile come “presidenziale”, intervenuto nel 1929 tra Mariano D’Amelio e Santi Romano, vertici rispettivamente della magistratura ordinaria e di quella amministrativa<sup>26</sup>: un “concordato” che sancì la soluzione meno liberale del problema del riparto delle giurisdizioni<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Cfr. CORTE DI CASSAZIONE - CONSIGLIO DI STATO, *Relazione di sintesi dei lavori della commissione di studio istituita dai presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato per l’approfondimento dei problemi di maggiore rilievo in tema di riparto di giurisdizione*, in *Foro it.*, 2004, V, 18 ss.

<sup>25</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, spec. 272.

<sup>26</sup> M. D’AMELIO e S. ROMANO, *I contatti giurisprudenziali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, 181 ss.

<sup>27</sup> V. per tutti G. MIELE, *La giustizia amministrativa*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1968, 11 ss., spec. 26 ss.; F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all’interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 1999, 2212 ss. e in F. LEDDA, *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 511 ss., spec. 514.

Con la sentenza qui annotata la Corte costituzionale decide di porre un limite al legislatore ordinario, ritenendo che l'art. 103, c. 1, cost. «non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla giurisdizione amministrativa e che il potere del legislatore (ordinario) deve ritenersi “ancorato” alla natura delle situazioni soggettive coinvolte. Viene dunque ritenuta inesatta la tesi, sostenuta nella già ricordata ordinanza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 30 marzo 2000, n. 1, secondo la quale «la *interpositio legislatoris*, circa la determinazione dei casi in cui il giudice amministrativo conosce anche dei diritti» induce a ritenere che «la figura dell'interesse legittimo non sia il criterio generale su cui si basi il riparto delle giurisdizioni» e non ricorrerebbero limiti particolari per il legislatore ordinario di estendere l'ambito della giurisdizione amministrativa purché si tratti, com'è il caso della materia disciplinata dagli artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, di «liti in cui si applicano regole sostanziali esorbitanti dal diritto privato».

5. Una considerazione particolare merita l'affermazione, contenuta nella sentenza n. 204, secondo cui le particolari materie alle quali fa riferimento l'art. 103 cost. sarebbero contrassegnate dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisca come autorità, eserciti cioè un potere autoritativo: un'affermazione che appare difficilmente compatibile con le nuove concezioni in tema di rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni, fondate sulla convinzione che il potere autoritativo della pubblica amministrazione costituisca il retaggio di uno Stato autoritario ormai non più rispondente alla realtà, considerando che, in applicazione delle norme e dei principi contenuti nella legge n. 241 del 1990, si è ormai instaurato un rapporto paritario tra l'amministrazione e il cittadino<sup>28</sup>.

Deve considerarsi che quando l'amministrazione agisce in veste autoritativa, la situazione che vi si correla non è un diritto soggettivo ma un interesse legittimo, con la conseguenza che la giurisdizione

---

<sup>28</sup> Per la valutazione dell'importanza che assumono le nuove concezioni in tema di attività amministrativa tra autorità e consenso, può vedersi S. LARICCIA, *Diritto amministrativo*, Padova, 2000, spec. 12, 476 ss.: cfr. sul tema F. BASSI, *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 744 ss.

esclusiva è costituzionale quando ... non si estende ai diritti soggettivi<sup>29</sup>; ma se la Corte configura la legittimità costituzionale della giurisdizione esclusiva soltanto laddove la controversia è comunque caratterizzata dalla presenza di un interesse legittimo, occorre concludere che l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo opera in virtù del generale criterio di riparto per situazioni soggettive e «non vi è necessità, né ragione alcuna per fondare una giurisdizione esclusiva di quel giudice»<sup>30</sup>. Dalla sentenza deriva dunque la totale scomparsa della giurisdizione esclusiva e in futuro ogni problema di giurisdizione riguarderà la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

A proposito della c.d. attività autoritativa dell'amministrazione, va ricordata la disposizione contenuta nell'art. 1 del progetto di riforma della l. n. 241 del 1990, che, nell'ultima versione approvata dal Senato, prevede: «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato salvo che la legge disponga diversamente» (ddl. 1281-B, approvato dalla 1° Commissione permanente il 21 luglio 2004). La graduale estensione della categoria di atti di natura non autoritativa, seguendo le indicazioni della sentenza n. 204, dovrebbe portare a una sempre minore rilevanza della giurisdizione del giudice amministrativo.

6. A me sembra che non dovrebbero sussistere dubbi che, salvo espresse modifiche costituzionali, come quelle proposte con riferimento all'art. 103, comma 1, cost., al fine di prevedere che «La giurisdizione amministrativa ha ad oggetto le controversie con la pubblica amministrazione nelle materie indicate dalla legge»<sup>31</sup>, il legislatore ordinario non abbia una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla giurisdizione amministrativa: questo è l'aspetto centrale della decisione della Corte, che ha affermato un principio che a mio avviso deve essere pienamente condiviso.

---

<sup>29</sup> Cfr. soprattutto in tal senso A. POLICE, *La giurisdizione*, cit.; M.A. SANDULLI, *Un passo avanti*, cit.

<sup>30</sup> A. POLICE, *La giurisdizione*, cit., 977-78.

<sup>31</sup> Cfr. la proposta A. C. 7465 ad iniziativa di CERULLI IRELLI, presentata alla Camera dei Deputati il 28 novembre 2000.

È esatto ritenere che ci si trova oggi, rispetto al 1948, in un contesto profondamente modificato, in cui «la stessa distinzione tra interesse e diritto, sottoposta a un'infinita serie di riformulazioni, lascia ormai scettica buona parte della dottrina»<sup>32</sup>. Tuttavia, è da condividere l'affermazione che dalla Costituzione si desumono con chiarezza i confini entro i quali il legislatore ordinario, esercitando il potere discrezionale suo proprio, deve contenere i suoi interventi volti a ridistribuire le funzioni giurisdizionali tra i due ordini di giudici. Anche a voler ritenere che la Costituzione, come scriveva Guido Zanobini nel 1958, «non ha fatto altro che confermare il sistema già vigente limitandosi ad elevare i suoi principi a norme di ordine costituzionale»<sup>33</sup>, è chiaro che l'assunzione di rilevanza costituzionale di principi e regole precedentemente di rango non legislativo o previsti in norme giuridiche sub-costituzionali ha attribuito al giudice costituzionale il compito di definire i limiti costituzionali posti al legislatore nella disciplina della giustizia amministrativa italiana.

La consapevolezza di quanto poco valga oggi la stessa distinzione tra interesse e diritto, assunta come fondamento del riparto delle giurisdizioni tra le due magistrature chiamate a giudicare l'amministrazione, dovrebbe a mio avviso portare a superare tale criterio di riparto ma a tal fine è necessaria la revisione delle disposizioni costituzionali che lo recepiscono: l'esperienza insegna però che i confini di una materia non sono quasi mai certi e pacifici e che anche il criterio imperniato sulla materia (o sui blocchi di materie) determina notevoli difficoltà applicative, per cui la scelta migliore sembra dover essere quella della devoluzione di tutte le controversie amministrative ad un unico giudice; «diversamente ogni criterio presenta delle insidie, come le analisi del diritto comparato confermano»<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr. B. SASSANI, *La giurisdizione*, cit., 4673.

<sup>33</sup> *Corso di diritto amministrativo*, VII ed., Milano, 1958, 50. Sulla scarsa considerazione delle norme costituzionali da parte della dottrina di diritto amministrativo nei primi anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, cfr. S. LARICCIA, *Diritto amministrativo*, cit., spec. 386 ss.

<sup>34</sup> Cfr. in proposito R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204*, cit., 835, il quale accenna anche all'ipotesi di una «forma più soffice di una pluralità di giudici specializzati, i cui rapporti siano costruiti in termini di competenza, con possibilità di traslazione in caso di errore».

La sentenza n. 204 ha avuto l'effetto di riaprire la discussione sulla soluzione dell'unità della giurisdizione. «Il legislatore attribuisca la giurisdizione a chi vuole – si è osservato – [...] ma che il giudice sia uno solo, con giurisdizione piena, in modo che il ricorrente, imboccata la corretta via giurisdizionale, possa andare sino in fondo in giurisdizione continua e non in giurisdizione alternata ed in tempi ragionevoli»<sup>35</sup>.

7. A proposito della scelta del giudice più idoneo a garantire le esigenze di una giustizia amministrativa corrispondente alle aspettative della collettività<sup>36</sup>, nonostante si tratti di un problema non affrontato nella sentenza n. 204, è noto che i giudici amministrativi, anche per la loro particolare origine storica, si presentano assai spesso come organi ibridi, a metà tra giurisdizione e amministrazione e «rappresentano il punto di incontro e di raccordo tra giurisdizione e amministrazione, quindi più d'ogni altro intrisi di neutralità e politicità»<sup>37</sup>. Dalla particolare vicinanza di questi giudici al complesso governo-amministrazione deriva che la questione della loro indipendenza sia principalmente una questione di rapporti con il governo-amministrazione (il c.d. potere esecutivo).

Occorre in proposito considerare: la possibilità consentita ai giudici amministrativi di passare dall'una all'altra funzione, per cui essi «appaiono troppo legati all'amministrazione per poter essere dotati di una terzietà istituzionale assoluta»<sup>38</sup>; la frequenza con la quale il governo provvede ad affidare incarichi extragiudiziari ai magistrati amministrativi<sup>39</sup>; l'ingerenza esercitata dal potere esecutivo, anche

<sup>35</sup> S. GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva*, cit.

<sup>36</sup> Per la tesi della giurisdizione del giudice ordinario cfr., U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, 205 ss., spec. 219. V. anche gli autori citati *retro* nella nota 15.

<sup>37</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit.

<sup>38</sup> N. COLAIANNI, *Unità o divisione della giurisdizione?*, in *La Costituzione tra revisione e cambiamento*, a cura di S. RODOTÀ, U. ALLEGRETTI e M. DOGLIANI, Roma, 1998, 99 ss., spec. 101. Sull'attività del Consiglio di Stato in sede consultiva cfr. Corte cost., 21 luglio 2004, n. 254, in questa *Rivista*, *infra*, 2614 ss. con la quale è stata considerata inammissibile la questione di costituzionalità sollevata da organo non giurisdizionale: v. la nota di richiami a cura di A. MASARACCHIA.

<sup>39</sup> Un fatto che, come ha osservato A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 371 ss., spec. 373, «discrimina in funzione di una ragione politica e,

attraverso le nomine di estranei<sup>40</sup>; la sempre più accentuata loro politicizzazione e l'indifferenza dimostrata dalla Corte costituzionale nei confronti dei meccanismi di formazione degli organi giudicanti speciali; in proposito, è discutibile la drastica affermazione della Corte costituzionale che «i modi nei quali la nomina avviene riguardano l'atto di nomina ed esauriscono in questo ogni loro effetto»<sup>41</sup>.

Se è indiscutibile il ruolo fondamentale svolto dalla giurisdizione amministrativa, la ragione attuale di una giurisdizione speciale deve però essere misurata con le concezioni attuali della tutela giurisdizionale e con le esigenze attuali del cittadino. A mio avviso la tendenza verso un giudice unico in grado di unificare l'attività del giudice civile e quella del giudice amministrativo è espressione di un principio che deve essere guardato con favore<sup>42</sup>: la previsione di un'unica magistratura, che, per la giustizia amministrativa italiana, svolga tutta la stessa attività giurisdizionale, è un risultato che merita di essere perseguito poiché si sono ormai realizzate le condizioni per quel superamento della giurisdizione speciale che Federico Cammeo, poco meno di cento anni fa, indicava come obiettivo di un futuro in cui il diritto amministrativo avesse raggiunto la sua maturità<sup>43</sup>.

Dopo la sentenza della Corte costituzionale sul problema del riparto delle giurisdizioni, vi sono ancora più fondati motivi per procedere speditamente verso il superamento, previa modifica delle disposizioni

---

quindi, introduce [...] gli elementi propri di una responsabilità o di una soggezione del giudice rispetto al potere politico»

<sup>40</sup> Secondo i dati forniti da A. BARBERA, nella sua relazione al ricordato convegno annuale dell'Associazione dei costituzionalisti, escludendo i magistrati provenienti dai tribunali amministrativi regionali, il 25 % di magistrati del Consiglio di Stato è di nomina politica e il 25% è di provenienza concorsuale.

<sup>41</sup> Corte cost., sent. n. 1 del 1967, in questa *Rivista*, 1967, 1 ss., con osservazione di R. CHIEPPA: sentenza sulla quale può vedersi il mio commento *Sull'illegittimità costituzionale delle norme in tema di nomine «politiche» dei consiglieri della Corte dei conti*, in *Temi*, 1967, 3 ss. Successivamente la Corte costituzionale ha ritenuto imprescindibile il rispetto di due esigenze, e cioè «che le persone a cui poter affidare le funzioni giurisdizionali siano idonee allo svolgimento di esse, e che tale idoneità venga concretamente accertata»: sentenza n. 177 del 1973, in questa *Rivista*, 1973, 2348 ss.

<sup>42</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 275.

<sup>43</sup> F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano s.d. (ma 1910), 318 ss., spec. 327: v. anche U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione*, cit., 220.

costituzionali che la prevedono, di una distinzione, quella di tutela degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi, che è prevista nella Costituzione ma non ha più una sua giustificazione e merita dunque di essere abbandonata.

*A ciascuno il suo compito: non spetta alla Corte costituzionale disporre la rimozione del crocefisso nei locali pubblici\**

(NOTA A CORTE COSTITUZIONALE ORD. 13 DICEMBRE 2004, N. 389)

1. Con l'ord. n. 389 del 13 dicembre 2004 la Corte costituzionale ha dichiarato la *manifesta inammissibilità* della questione di legittimità costituzionale degli artt. 159 e 190 del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), come specificati, rispettivamente, dall'art. 119 (e allegata tabella C) del r.d. 26 aprile 1928, n. 1297 (Approvazione del regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare), e dall'art. 118 del r.d. 30 aprile 1924, n. 965 (Ordinamento interno delle Giunte e dei Regi istituti di istruzione media), e dell'art. 676 del predetto d.lgs. n. 297 del 1994, sollevata, in riferimento al principio di laicità dello Stato e, comunque, agli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 Cost., dal Tribunale amministrativo regionale per il Veneto con ordinanza del 14 gennaio 2004.

Si conclude quindi per ora, con una decisione di carattere processuale, la tormentata vicenda della questione di legittimità costituzionale relativa alla presenza del crocefisso nelle aule scolastiche, in quanto la Corte ha ritenuto di non potere esaminare il merito della questione che era stata proposta con riferimento a una norma contenuta in una disposizione avente natura regolamentare. La Corte, suscitando la delusione di quanti speravano in una parola chiarificatrice da parte del giudice delle leggi, non esprime alcuna valutazione sulla vigenza delle disposizioni censurate di presunta incostituzionalità o sull'eventuale loro implicita abrogazione<sup>1</sup>.

---

\* In *Giurisprudenza costituzionale*, 48, 2004, pp. 4287-92.

<sup>1</sup> Per la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità si era espresso il T.A.R. veneto con la citata ordinanza del 14 gennaio 2004 (vedila in *Foro it.* 2004, III, 235, con nota di richiami). Nel senso dell'abrogazione delle disposizioni che prevedevano l'obbligo dell'affissione del crocefisso si era invece pronunciato il Trib. L'Aquila,

2. L'opinione accolta dai giudici costituzionali deve a mio avviso essere condivisa e non merita le molte critiche proposte da parte di chi ha osservato che la Corte si è lavata pilatescamente le mani rispetto a un tema politicamente caldo, mettendosi al riparo da eventuali attacchi sia da parte laica che da parte cattolica e soprattutto da parte della schiera crescente dei «laici devoti»<sup>2</sup>.

In un'ordinanza di manifesta inammissibilità, che naturalmente è istituto processuale diverso dalla sentenza, occorre che, nella sintesi resa necessaria da una decisione qual è l'ordinanza, risultino ben chiare le ragioni del giudice decidente e che tali ragioni risultino convincenti. Nella fattispecie le ragioni che costituiscono il fondamento dell'ordinanza sono chiare e, lo ripeto, condivisibili. In proposito va ricordato che una pronuncia di *inammissibilità* della questione di legittimità costituzionale sollevata dal T.A.R. per il Veneto era stata da molti prevista come probabile e opportuna nell'ampio e vivace dibattito che aveva preceduto il giudizio di legittimità costituzionale che ora si conclude con l'ordinanza annotata<sup>3</sup>: in occasione di un convegno dedicato a tale problema, a me, e non soltanto a me, era sembrato opportuno osservare che la previsione più plausibile consistesse nell'emanazione di un'ordinanza di inammissibilità della questione di costituzionalità<sup>4</sup>.

---

con ordinanza 22 ottobre 2003, *ivi*, I, 1262 ss., con nota di richiami e osservazioni di MOLASCHI e di ROMBOLI, che aveva accolto la domanda di un genitore tendente ad ottenere un provvedimento d'urgenza, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., con cui venisse ordinata al dirigente scolastico la rimozione del crocifisso esposto nelle aule della scuola statale materna ed elementare frequentate dai figli.

<sup>2</sup> Cfr. in tal senso l'editoriale di G. VATTIMO, *Quale Croce?*, in *il manifesto*, 16 dicembre 2004 e l'articolo di C. SARACENO, *Simboli religiosi e spazi pubblici*, in *l'Unità*, 17 dicembre 2004. V. anche A. PUGIOTTO, *Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un'ordinanza pilatesca*, in *Diritto & Giustizia*, 2004; R. ROMBOLI, osservazione a Corte cost., ord. n. 389 del 2004, in *Foro it.* 2005, I, 1 ss.

<sup>3</sup> Cfr. il volume *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino 2004, che raccoglie gli atti del convegno svoltosi il 28 maggio 2004 nell'Aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara.

<sup>4</sup> Cfr. tra gli altri in tal senso G. GEMMA, *Spetta al giudice comune, non alla Corte costituzionale, disporre la rimozione del crocifisso*, in *La laicità crocifissa?*, cit., 159 ss.; S. LARICCIA, *Diritti di libertà in materia religiosa e principi di imparzialità e di laicità delle istituzioni civili: la parola alla Corte costituzionale*, *ivi*, 181 ss.

Il motivo principale che ha indotto la Corte a ritenere manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità sollevata dal T.A.R. del Veneto è che l'impugnazione delle indicate disposizioni del testo unico si appalesa il frutto di un improprio trasferimento su disposizioni di rango legislativo di una questione di legittimità concernente le norme regolamentari richiamate: norme prive di forza di legge, sulle quali non può essere invocato un sindacato di legittimità costituzionale, né, conseguentemente, un intervento interpretativo della Corte costituzionale.

In base all'art. 134 Cost., che per l'oggetto del giudizio costituzionale si riferisce a *leggi ed atti aventi forza di legge*, il sindacato sui regolamenti è istituzionalmente sottratto alla Corte costituzionale<sup>5</sup>: non sembra infatti in proposito condivisibile la nota teoria di Mortati secondo la quale andrebbero considerati come atti con forza di legge, e sarebbero sindacabili dalla Corte costituzionale, i regolamenti che costituiscono le fonti primarie della disciplina di una materia, in assenza di leggi che regolino la materia stessa<sup>6</sup>: una teoria che non è stata condivisa dalla grande maggioranza della dottrina e che è stata rifiutata dalla Corte<sup>7</sup>. Anche la tesi, che risale a Carlo Esposito, secondo la quale la normativa regolamentare può costituire oggetto di questione di legittimità costituzionale in quanto costituisca «diritto vivente», cioè modo di specificazione del dettato legislativo, può trovare accoglimento ove sia configurabile una connessione di contenuti normativi<sup>8</sup>: per esempio, per riferirsi alla fattispecie esaminata dalla Corte nell'annotata ordinanza,

---

<sup>5</sup> V. per tutti L. CARLASSARE, voce *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, 605 ss., spec. 633.

<sup>6</sup> Cfr. C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano 1964.

<sup>7</sup> Naturalmente, come per tutte le questioni, vi sono pure delle eccezioni: cfr., ad esempio, Corte cost., sent. 31 luglio 2000, n. 406, in questa *Rivista* 2000, 2842 ss., con la quale la Corte, di fronte all'impugnazione di una disposizione avente forza di legge, dopo avere rilevato che l'effetto denunciato dal giudice *a quo* non derivava dalla disposizione stessa, ma doveva riferirsi più esattamente ad un'altra disposizione, di natura regolamentare, aveva valutato il merito della questione e aveva dichiarato infondata la questione di costituzionalità.

<sup>8</sup> Cfr. in proposito A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*. *Genesi, uso, implicazioni*, Milano 1994; *Id.*, *La rivincita di Esposito (legge, regolamento e sindacato di costituzionalità)*, in questa *Rivista* 1995, 588 ss.; *Id.*, *La Corte messa in croce dal diritto vivente regolamentare*, in *La laicità crocifissa?*, cit., 284 ss.

se sia possibile configurare una disposizione legislativa che abbia, sia pure genericamente, previsto un'esposizione di simboli sacri in istituti scolastici, rinviando alla disposizione di natura regolamentare per la disciplina più specifica<sup>9</sup>: ma tale disposizione di rango legislativo non esiste nel nostro ordinamento.

Occorre dunque ritenere che la pronuncia di inammissibilità di una questione di costituzionalità riguardante norme di natura regolamentare non rappresenta un indebito rifiuto di giudicare, bensì l'adempimento di un obbligo costituzionale, che impone ai giudici costituzionali di non superare il limite posto dall'art. 134 Cost<sup>10</sup>.

Se dunque, a proposito della fattispecie esaminata dalla Corte nell'ordinanza annotata, non è giusto criticare la Corte costituzionale per avere ... rispettato la Costituzione, è tuttavia comprensibile la sensazione di perplessità provocata da una vicenda nella quale pare che, mentre in altri Paesi europei, come la Francia e la Germania, caratterizzati, come e più dell'Italia, dalla presenza di società multietniche e multiculturali, si affronta seriamente (anche se con soluzioni a mio avviso non condivisibili, come sono quelle della legge in Francia<sup>11</sup> e della sentenza costituzionale in Germania) la questione dei simboli religiosi negli spazi pubblici<sup>12</sup>, nell'ordinamento italiano non sussistono invece soluzioni capaci di perseguire l'obiettivo di attuare un principio, quello di laicità dello Stato e delle istituzioni, che da quindici anni, e cioè da quando è stata emessa la sentenza costituzionale n. 203 del 1989, è stato proclamato «principio supremo», dell'ordinamento costituzionale italiano (cfr. anche le altre successive sentt. nn. 13 del

---

<sup>9</sup> Cfr. in proposito le giuste osservazioni esposte in tal senso da G. GEMMA, *Spetta al giudice comune*, cit., spec. 160-61 e *ivi* nota 9.

<sup>10</sup> Con riferimento ai problemi che si pongono nei casi nei quali il giudice *a quo* sostiene che il regolamento, attraverso il rinvio esplicito o implicito fatto ad esso dalla legge, viene a costituire un tutt'uno inscindibile dalla legge, cfr. R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Torino 1999, 71 ss. e *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2000)*, Torino 2002, 57 ss.

<sup>11</sup> Cfr. sul tema il mio scritto *Problemi in tema di laicità dello Stato e delle istituzioni civili*, in *Studi in memoria di Livio Paladin*, Padova 2004, 1245 ss., spec. 1251 ss.

<sup>12</sup> Sul problema dell'uso del velo islamico e delle garanzie di libertà religiosa, cfr. di recente Corte eur. diritti dell'uomo 29 giugno 2004, Sahin, in *Foro it.* 2004, I, 517 ss., con nota di richiami di P. PASSAGLIA.

1991, 149 del 1995, 334 del 1996, 329 del 1997); in proposito deve tuttavia ricordarsi che la solenne e un po' retorica proclamazione della laicità come principio supremo dell'ordinamento costituzionale italiano rappresenta uno dei casi in cui la Corte ha deluso le aspettative di quanti hanno a cuore le esigenze di laicità della società, in quanto il giudice delle leggi (relatore Casavola) ha utilizzato il principio della laicità come fondamento giustificativo dell'insegnamento della religione cattolica «nel quadro delle finalità della scuola e dello Stato», come prevede l'art. 9 del Concordato del 1984: quindi trattasi di un principio elaborato per garantire un principio di confessionalità della scuola pubblica.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, non si può certo dire che il principio di laicità si sia pienamente imposto nel nostro ordinamento, poiché, accanto agli artt. 2, 3, 7 comma 1, 8 comma 1, 19, 20, 21, 33 comma 1, vi sono altri articoli della Costituzione che introducono elementi di confessionalità. L'art. 7 comma 2 rinvia infatti ai Patti lateranensi, e dunque anche a quelle norme (art. 1 del Trattato e art. 1 del Concordato del 1929) che richiamano il principio della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano; ma nel 1984, con gli Accordi di revisione del Concordato lateranense, l'art. 1 del Protocollo Addizionale (richiamato nel d.lgs. n. 297 del 1994, T.U. sulla Pubblica Istruzione) segna il superamento del principio della religione cattolica come religione di Stato e prevede espressamente l'abrogazione delle disposizioni pattizie contenute in proposito nei patti del Laterano.

Se si assume una concezione rigorosa del principio di laicità dello Stato, che significa eguaglianza in materia religiosa, un'eguaglianza riferibile sia alle persone fisiche che ai gruppi sociali, e se si ritiene, come a me pare necessario, che il soddisfacimento delle esigenze religiose della popolazione può essere garantito solo tenendo presente che lo Stato moderno deve assumere un atteggiamento di imparzialità nei confronti del sentimento religioso dei suoi cittadini<sup>13</sup>, non dovreb-

---

<sup>13</sup> Per tale concezione della laicità possono vedersi i miei libri *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano 1967, *passim*; *Coscienza e libertà. Principi costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Bologna 1989, 59 ss. V. anche F. RIMOLI, voce *Laicità*, in *Diz. cost.*, a cura di M. AINIS, Roma-Bari 2000, 269 ss.; *Id.*, voce *Laicità (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Roma, XVIII, 1 ss.

bero sussistere dubbi sulla illiceità costituzionale della previsione dell'obbligo di esporre simboli religiosi nei luoghi pubblici: è questa la conclusione accolta dalla Corte di cassazione penale, sez. IV, con la nota sentenza 1° marzo 2000, n. 439.

Si è discusso se il giudice amministrativo, senza sollevare una questione di costituzionalità (inammissibile), avrebbe potuto considerare abrogate le norme regolamentari che la Corte costituzionale (giustamente) ha ritenuto di non potere sindacare, in quanto si tratta di disposizioni chiaramente incompatibili con l'art. 676 del T.U. n. 297 del 1994, ispirato alla concezione della scuola come sede di formazione culturale nel pieno rispetto della libertà di coscienza degli studenti e degli insegnanti (il T.U. suddetto si basa sul superamento del principio della religione cattolica apostolica romana come religione ufficiale dello Stato italiano, principio a cui erano invece ispirate le norme regolamentari degli anni 1924, 1926, 1928).

Nell'ordinanza della Corte vi è tuttavia un passaggio importante che induce a ritenere inesatta la tesi dell'abrogazione, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 676 sopra ricordato, delle norme regolamentari che prevedevano, nel periodo fascista, la presenza del crocefisso nei locali scolastici: il periodo nel quale si parla di «*eventuale salvezza*», (il corsivo è mio) di norme non incluse nel testo unico del 1994, e non incompatibili con esso, e si precisa che tale «salvezza», «può concernere solo disposizioni legislative, e non disposizioni regolamentari, essendo solo le prime riunite e coordinate nel testo medesimo, in conformità alla delega di cui all'art. 1 della l. 1° aprile 1991, n. 121, come sostituito dall'art. 1 della l. 26 aprile 1993, n. 126».

Se si condivide la giusta considerazione contenuta nell'ord. n. 389 del 2004, le indicate disposizioni regolamentari non possono ritenersi confermate, né abrogate in applicazione dell'art. 676 del T.U. n. 297 del 1994; esse tuttavia devono ritenersi a mio avviso abrogate a seguito dell'entrata in vigore, nel 1948, dei principi costituzionali di eguaglianza, di libertà e di imparzialità in materia religiosa e dell'approvazione, nel 1984, della disposizione concordataria che ha previsto l'abrogazione del principio della religione cattolica come sola religione dello Stato.

3. Se ci si propone di valutare le future prospettive volte a trovare una soluzione al problema della presenza del crocefisso nelle aule

scolastiche, l'unica strada che pare percorribile, escludendo quella legislativa in una situazione nella quale per il momento non sono certo prevedibili iniziative legislative volte al superamento degli elementi di confessionalità che caratterizzano l'ordinamento italiano (è sufficiente pensare alla sconcertante approvazione della legge che attribuisce allo Stato italiano l'onere finanziario per la retribuzione degli insegnanti di religione nella scuola pubblica), è quella che si presenta in ogni caso in cui si evidenzi, con riferimento ai regolamenti, la carenza di ogni altro strumento di garanzia: la soluzione considerata da Valerio Onida in una nota di commento alla sentenza della Corte cost. n. 72 del 1968.

Con tale sentenza la Corte, dopo avere dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 142 del regolamento per gli istituti di prevenzione e pena approvato con r.d. 18 giugno 1931, n. 787, che prescriveva l'obbligo della frequenza delle pratiche collettive del culto cattolico per tutti i detenuti che, al momento dell'ingresso nello stabilimento non avessero dichiarato di appartenere ad altra confessione religiosa) in riferimento agli artt. 19 e 21 Cost., poiché il decreto contenente la norma denunciata non era un atto con forza di legge, aveva però stabilito che le norme regolamentari, quando siano ritenute illegittime per contrasto con la Costituzione, possono e debbono (non diversamente dai casi in cui siano ritenute illegittime per contrasto con leggi ordinarie) essere disapplicate ai sensi dell'art. 5 della l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E, dai giudici chiamati a farne applicazione<sup>14</sup>.

Tale ipotesi è anche ravvisabile nella fattispecie esaminata nell'ordinanza qui commentata, non potendosi a mio avviso condividere i tentativi volti a sostenere la tesi che quelle norme secondarie in tema di affissione del crocefisso costituissero specificazione di altre norme di legge e potessero dunque considerarsi diritto vivente. Tali disposizioni regolamentari si pongono in diretto contrasto con

---

<sup>14</sup> La sentenza è pubblicata in questa *Rivista* 1968, 1031 ss. con nota di V. ONIDA, *Sulla «disapplicazione» dei regolamenti (a proposito della libertà religiosa dei detenuti)*, *ivi*, 1032 ss. che, con riferimento alle conclusioni accolte dalla Corte, si sofferma nell'esaminare in particolare le ipotesi nelle quali il vizio dell'atto normativo consiste in un diretto contrasto del disposto regolamentare con un principio costituzionale, ed esso non è in alcun modo trasferibile a carico di alcuna disposizione di valore legislativo (*ivi*, spec. 1036).

diritti e principi costituzionali tra i più coesenziali all'ordinamento, come quelli sulla garanzia dei diritti inviolabili degli uomini e delle donne, sull'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, sulle libertà di religione e di culto<sup>15</sup>, sulla neutralità delle istituzioni pubbliche e sull'imparzialità delle istituzioni scolastiche pubbliche di fronte al fenomeno religioso: imparzialità che deve realizzarsi attraverso la mancata esposizione di simboli religiosi piuttosto che attraverso l'affissione di una pluralità di simboli, che non potrebbe in concreto essere esaustiva e comunque finirebbe per ledere la libertà religiosa negativa di coloro che non hanno alcun credo.

Sottratti al sindacato di costituzionalità della Corte costituzionale, i regolamenti sono sottoposti al regime degli atti amministrativi: essi sono dunque *disapplicabili* dal giudice ordinario e annullabili dal giudice amministrativo, qualora risultino in contrasto con norme di fonte legislativa.

La competenza a pronunciarsi su queste fattispecie spetta al giudice ordinario<sup>16</sup>, essendo pacifico, specialmente dopo la sentenza della Corte cost. n. 204 del 2004<sup>17</sup>, che la giurisdizione in tema di lesione di diritti soggettivi spetta ai giudici ordinari: è la soluzione giustamente accolta dal Tribunale dell'Aquila, in data 22 ottobre 2003, con l'ordinanza, con la quale, in applicazione dell'art. 700 del codice di procedura civile, era stata decisa la rimozione del crocefisso dalle aule di un istituto scolastico di Ofena in Abruzzo<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> In proposito occorre ricordare che la Corte costituzionale, con ordinanza letta all'udienza del 26 ottobre 2004 ed allegata alla decisione qui annotata, ha dichiarato ammissibile l'intervento in giudizio del sig. P. B. «in proprio e quale genitore della minore L.», in quanto «qualificata in rapporto alla questione oggetto del giudizio di costituzionalità». R. Romboli, commentando, criticamente tale decisione (cfr. *retro*, nota 2), osserva giustamente che appare difficile capire in che cosa possa dirsi «qualificata» la posizione dell'interveniente «in proprio» ossia quale cittadino comune interessato alla questione della costituzionalità della presenza del crocefisso nelle aule scolastiche.

<sup>16</sup> Cfr. in tal senso L. COEN, *La giurisdizione amministrativa tra libertà di coscienza e interesse dell'organizzazione scolastica*, in *La laicità crocifissa?*, cit., 81 ss.

<sup>17</sup> Vedila in questa *Rivista* 2004, 2181 ss. con mia nota di commento *Limiti costituzionali alla «discrezionalità» del legislatore ordinario nella disciplina della giustizia amministrativa*, *ivi*, 2220 ss.

<sup>18</sup> Può vedersi sul tema il mio scritto, di adesione all'ordinanza del Tribunale, *Problemi in tema di laicità dello Stato*, cit., in *loc. cit.*, spec. 1245 ss.

La soluzione giurisprudenziale, indicata dalla Corte costituzionale sin dal 1968 nella sent. n. 72, con la netta affermazione circa il poterdovere dei giudici di disapplicare, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 2248 del 1865, alle *E*, i regolamenti ritenuti incostituzionali, confida nei risultati affidati al sindacato diffuso di costituzionalità sulle disposizioni regolamentari. È certamente una strada più lunga ed incerta rispetto a quella rappresentata da una dichiarazione di illegittimità costituzionale emessa dal giudice delle leggi: ma, considerando gli ostacoli che vi sono per tale soluzione, è un obiettivo che occorre perseguire con impegno e tenacia da parte di singoli e di organizzazioni consapevoli della grande importanza che assume il principio di laicità nel nostro paese.

## *Introduzione agli atti del convegno su “La laicità indispensabile”\**

### *Introduzione*

1. Questo volume raccoglie gli atti del convegno svoltosi a Roma, nei giorni 29 e 30 novembre 2003, sul tema *Costituzione europea. La laicità indispensabile per l’uguaglianza dei cittadini davanti alle istituzioni*: il convegno ha avuto luogo esattamente un anno prima della sottoscrizione della costituzione europea (Roma, 29 ottobre 2004), e la lettura delle relazioni che vengono ora pubblicate<sup>1</sup> rivela con chiarezza l’intento degli organizzatori e di tutti i partecipanti di influire sull’esito del lavoro di redazione del testo costituzionale: si tratta infatti di relazioni e di interventi svolti anche nella prospettiva *de iure condendo*, come usano dire i giuristi; e tuttavia tale prospettiva, legata al proposito di influire sui contenuti del testo costituzionale, che nel novembre 2003 era ancora in fase di elaborazione, non costituisce certamente l’unica chiave di lettura dei testi qui presentati.

Nella presentazione del convegno, che non a caso era stato organizzato in concomitanza con il vertice dei ministri degli esteri dell’unione europea e con la conferenza intergovernativa sul nuovo trattato costituzionale europeo svoltosi a Napoli nei giorni 28 e 29 novembre 2003, si precisava: «Obiettivo del convegno è dimostrare che la legittimazione dello *status* previsto nelle legislazioni nazionali per le chiese e le associazioni o comunità religiose degli stati membri (art. 51) viola il principio di uguaglianza di tutti i cittadini (art. 44) e discrimina coloro che appartengono ad altre religioni o non ne professano alcuna (circa la metà della popolazione europea). In tal modo

---

\* A cura di V. PEGNA, suppl. del periodico *L’Avvenire dei lavoratori*, 2004, 1, pp. 11-22.

<sup>1</sup> Le relazioni attinenti al tema “Esperienze laiche” verranno pubblicate nel secondo volume degli *Atti*.

vengono creati i presupposti per nuovi conflitti e tensioni sociali, anziché promuovere la coesione e costruire quella società fondata sul pluralismo e la non discriminazione descritta all'articolo 2».

«La laicità delle istituzioni – si precisava nel breve testo con il quale veniva presentato il programma del convegno – si propone come la sola formula organizzativa della società atta a favorire la coesistenza pacifica fra persone che possiedono concezioni del mondo diverse. È per questa ragione che la consideriamo indispensabile nell'Europa del ventunesimo secolo e l'abbiamo scelta come tema del nostro convegno».

In questa mia breve introduzione alla lettura del materiale pubblicato nel volume, mi propongo di porre in rilievo alcuni aspetti più significativi che riguardano la laicità considerata come obiettivo indispensabile per la costruzione della società europea regolata dalle disposizioni della nuova costituzione europea. Prima di esporre alcune mie brevi considerazioni sul tema discusso nel convegno, ricordo in sintesi quali sono i contenuti del volume.

2. Le «ragioni del convegno» sono poste in rilievo da Vera Pegna, la quale, premesso che la laicità non significa solo la separazione fra stati (o istituzioni pubbliche) e chiese, ma significa la piena attuazione dello stato di diritto e l'effettiva uguaglianza dei cittadini davanti alle istituzioni e che essa è un elemento irrinunciabile della democrazia, critica la decisione di valutare la questione della libertà di religione nella prospettiva del consueto riferimento alle libertà di pensiero, di coscienza e di religione, come se nelle prime due libertà – libertà di pensiero e libertà di coscienza – quella di religione non fosse già compresa e come se il menzionarla a parte non fosse già un privilegio; richiama l'attenzione sull'omissione, nella carta dei diritti fondamentali incorporata nel nuovo trattato, della libertà di non avere alcuna religione e sul collegamento pernicioso fra la libertà del cittadino singolo o associato di professare la propria religione con lo *status* delle chiese-istituzioni, alle quali viene riconosciuto il diritto di rappresentare i propri fedeli, nonostante la totale assenza di processo democratico al loro interno e nonostante la secolarizzazione della società dimostri che i cittadini sono sempre meno inclini a rispettare, nelle loro scelte di vita personali, i precetti emanati dalle gerarchie ecclesiastiche.

Piero Bellini, nella sua relazione su *L'«idea» di laicità e la «fede» degli altri*, con la capacità di approfondimento critico che ben conoscono coloro che, come me, per quarant'anni hanno seguito con ammirazione l'itinerario della sua attività di ricerca scientifica, richiama l'attenzione sull'importanza che assume il passaggio dalla visione oggettivistica consistente nella postulazione del primato di una "verità metafisica eminente" all'idea – tutta diversa – del concorso (quanto ai supremi moduli ideali) d'una indefinita quantità di convinzioni interioristiche, le quali emanano dall'uomo e sono dell'uomo: con la conseguenza che la scelta fideistica dell'altro non può più essere valutata come un'idea sbagliata, come un valore negativo, un disvalore, ma come un'idea diversa, proprio perché idea di un altro. Con grande chiarezza Bellini ribadisce che questa soggettivizzazione dei propri convincimenti più elevati non comporta affatto che la vicenda morale e intellettuale del soggetto scada in agnosticismo e indifferentismo: non significa credere in nulla o credere blandamente, giacché non va dimenticato che la scelta spirituale laica è essa medesima percorsa da una sua vivificante linfa fidelistica. Vanto del laicismo liberale, ricorda Bellini, è proprio quello di riconoscere e di assicurare a quelle stesse opzioni che gli sono diametralmente antagonistiche il medesimo grado di libertà e di dignità che esso reclama fermamente per la opzione spirituale libertaria.

Giuseppe Ugo Rescigno, considerando il problema de *La Costituzione europea, quali prospettive di laicità per l'Europa*, osserva preliminarmente che tra confessioni religiose da un lato ed atei o comunque non religiosi dall'altro vi è una evidente asimmetria, che, se per un verso è inevitabile e del tutto spiegabile, per un altro verso è voluta e organizzata dalle autorità pubbliche, in accordo con quelle religiose, e questo diviene un tema di interesse per il costituzionalista; ritiene necessaria un rigorosa distinzione tra libertà da un lato e potere o immunità dall'altro e in proposito ritiene che, al contrario di quanto molti pensano, le costituzioni, quando si occupano di confessioni religiose, lo fanno quasi sempre per fondare la legittimità di leggi e di atti amministrativi che concedono a tali confessioni poteri e immunità particolari, con la conseguenza che la eguale libertà tra le confessioni religiose, e tra le confessioni religiose e ogni altra organizzazione, e cioè la eguale garanzia che non vi saranno impedimenti specifici alla loro libertà, salvo quelli di ordine penale validi per tutti,

diventa disuguaglianza nei poteri, nei privilegi, nelle immunità, sia tra confessione e confessione, sia tra confessioni religiose e altre associazioni, sia tra confessioni religiose e loro affiliati da un lato e atei o comunque non religiosi dall’altro; conclude auspicando che dal testo di costituzione dell’unione europea sparisca qualsiasi accenno alle confessioni religiose e alla stessa libertà religiosa, perché quel che c’è da tutelare, e cioè la libertà religiosa, è totalmente tutelata da tutti gli altri articoli sulle libertà degli individui e delle associazioni, e tutto il resto ( e cioè poteri, immunità e privilegi) non va previsto, in nome appunto della libertà, della eguaglianza, della ragione.

Georges Leonard si propone di esaminare *Che cosa nasconde l’articolo 51 della bozza di Costituzione europea*. Egli comincia con il ricordare che l’art. 51 del testo costituzionale, disciplinando una questione che non riguarda la religione ma la laicità, nasconde un modo di funzionamento della democrazia nell’unione europea che ristabilisce una collusione fra stato e chiesa cattolica simile a quella esistente nell’*ancien régime*; la chiese fanno parte della società civile ma non intendono essere ritenute destinatarie della disposizione normativa, contenuta nell’art. 46, comma 2, del testo costituzionale, nel quale si prevede che «Le istituzioni dell’UE mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con la associazioni rappresentative e la società civile»; esse si sono invece impegnate per la previsione della disposizione – art. 51, comma 3 – che menziona «l’identità e il contributo specifico» delle chiese e impegna l’UE a mantenere nei loro confronti «un dialogo aperto, trasparente e regolare». Considerando che le parole usate nelle due disposizioni sopra ricordate sono le medesime, occorre domandarsi perché si siano separati i due articoli invece di farne uno solo. Leonard ritiene giustamente che il comma 3 può solo significare due cose. Da un lato la tutela delle chiese nell’unione europea e dall’altro il mantenimento delle disuguaglianze.

Henri Pena-Ruiz approfondisce l’argomento de *La laicità per l’uguaglianza dei diritti in Europa*. Dopo avere ricordato che la coscienza umana deve essere libera e che il primo grande principio della laicità è la libertà di coscienza, afferma che quando in un testo giuridico si definiscono dei principi, bisogna definirli a livello più generale possibile e che il solo principio accettabile è il principio di libertà di coscienza, di libertà spirituale di cui la libertà religiosa è solo una fattispecie. Il secondo grande principio della laicità è l’uguaglianza

dei diritti di tutti gli uomini a prescindere dalle loro opzioni spirituali, che essi siano credenti, atei o agnostici. Altro principio della laicità è l'universalità della legge comune, giacché l'unica finalità di tale legge è l'interesse comune di tutti, il bene comune di tutti. Laicità, da'altra parte, non significa ateismo ufficiale; la laicità ha una portata universale e i credenti insieme agli atei e gli agnostici possono vivere benissimo in un quadro laico; la laicità non significa la negazione delle differenze, ma l'apprendimento che consente di vivere tali differenze nell'orizzonte dell'universalità e dell'unità dell'umanità. È necessario vietare ogni manifestazione religiosa all'interno della scuola pubblica, perché la scuola pubblica è un luogo ai apprendimento della cittadinanza, i giovani sono in corso di formazione e occorre privilegiare ogni percorso costruttivo e non un percorso di affermazione perentoria di un'identità generalmente immaginaria. La scuola deve tenere a distanza ogni fondamentalismo e ogni gruppo di pressione politico religioso, perché la posta in gioco nella scuola laica della repubblica è la costruzione della libertà. È necessario condurre una battaglia contro l'art. 51 del testo costituzionale e contro il richiamo alle radici cristiane nel preambolo della costituzione.

Giorgio Bogi prende in particolare considerazione il tema de *La Chiesa in Parlamento*. Non si intende trattare l'argomento dell'incidenza della chiesa cattolica nelle attività istituzionali dell'Italia, ma si richiama l'attenzione su alcune significative vicende della storia parlamentare più recente: il richiamo dei patti lateranensi nell'art. 7 della costituzione italiana del 1948, l'approvazione della legge sul divorzio 1° dicembre 1970, n. 898, il dibattito che ha preceduto l'entrata in vigore della legge sulla fecondazione medicalmente assistita, la visita del papa in parlamento nel 2002.

Mario Chiauzza presenta le *Proposte per una scuola laica*. Si ricorda la concezione della laicità sostenuta dal comitato torinese per la laicità della scuola, che considera la laicità non in termini astrattamente teorici, bensì come prassi concreta; l'atteggiamento laico risulta pertanto connotato in senso morale, legato al comportamento e alla responsabilità individuali, ed etico, con valenza relazionale e connesso alla dimensione sociale e collettiva: affermazioni che affondano le loro radici nella tradizione illuministica, ma devono oggi essere adattate e riformulate nelle loro concrete modalità di applicazione tenendo presenti, in particolare, i grandi fenomeni

migratori, la globalizzazione economica, l'emergenza ambientale. Nell'ambito delle istituzioni, un ruolo particolarmente significativo deve essere riconosciuto alla scuola pubblica, da non considerare come una scuola *dello* stato, ma piuttosto come una scuola che lo stato si incarica di porre in essere per riconsegnarla immediatamente alla società civile. La scuola esiste per gli studenti, ai quali deve essere garantita la massima libertà di apprendimento, che certo non può essere identificata con la possibilità di scelta, da parte delle famiglie, della scuola che meglio corrisponde ai propri presupposti ideologici e culturali: la possibilità di istituire scuole private è costituzionalmente garantita, ma gli sforzi dello stato devono essere tutti orientati al potenziamento del sistema di istruzione da esso stesso istituito. Il riconoscimento e la valorizzazione delle differenze culturali con cui i fenomeni migratori ci obbligano a confrontarci, possono acquisire una valenza positiva solamente se tali differenze vengono vissute in maniera non rigida, se l'appartenenza o la non appartenenza ad una comunità vengono pienamente ricondotte alla libera scelta degli individui. L'atteggiamento laico rifiuta le identità "forti" e tendenzialmente integraliste a favore di identità "deboli" e dialoganti e tuttavia non accetta l'appiattimento politico e culturale indotto dalla globalizzazione economica. Deve essere combattuta la tendenza alla differenziazione precoce dei percorsi formativi che non consente a tutti di acquisire una formazione culturale di base adeguata alla complessità dell'epoca che stiamo vivendo. Si propongono infine utili indicazioni riguardanti i metodi e i contenuti di una scuola laica potenziata e rinnovata, in un'epoca in cui essa deve confrontarsi con altri mezzi ben più potenti di trasmissione del sapere, e si sottolinea che tali temi non possono essere affrontati su scala esclusivamente nazionale ma vanno invece inseriti in un contesto mondiale e in primo luogo europeo, tenendo presente che la laicità è in primo luogo libertà di pensiero, ma non è una posizione debole e meramente difensiva e che in essa il principio di tolleranza e del riconoscimento delle diversità si sposa con l'intransigente rifiuto delle posizioni che tale tolleranza e tale riconoscimento negano o contrastano nei fatti.

Ho ritenuto qui opportuno esporre una sintesi delle relazioni e degli interventi presentati al convegno, e chiedo scusa se sono stati tralasciati importanti elementi di discussione presenti nei vari scritti:

è evidente comunque che per la valutazione dei vari e complessi problemi trattati nel convegno, necessaria, e a mio avviso di particolare utilità, è la lettura integrale dei testi medesimi.

3. Di fronte allo sconsolante panorama del mondo contemporaneo è certamente motivo di sorpresa che uno dei temi sui quali in Italia negli ultimi mesi il dibattito è stato più vivace e polemico è stato quello riguardante la necessità o meno che nel preambolo della costituzione europea approvata il 19 giugno 2004 e sottoscritta il 29 ottobre successivo figurasse il richiamo – fortemente sostenuto dalla chiesa di Roma e da alcune confessioni evangeliche – alle radici cristiane – secondo alcuni giudaico-cristiane – dell'Europa. La convenzione europea ha trovato un ragionevole compromesso sull'argomento, limitandosi soltanto a fare riferimento ai valori “culturali, religiosi ed umanistici dell'Europa”: dei 25 membri dell'Europa chiamati a pronunciarsi sul problema soltanto la Polonia e l'Italia, per la verità, hanno insistito nel ribadire fino alla votazione finale la necessità dell'inserimento delle radici cristiane; ai tempi di Aznar c'era anche la Spagna su questa posizione, che in seguito è mutata in relazione alla nuova politica di Zapatero, dopo che il 26 aprile 2004 il premier spagnolo aveva dichiarato che era giunta l'ora di «una svolta laica in cui nessuno impone le proprie credenze né nella scuola, né nella ricerca, né in alcun ambito della società».

Del resto, se davvero ci si fosse proposti di citare nel testo del preambolo della costituzione europea tutte le “radici” significative dell'Europa, si sarebbe dovuto fare un elenco molto lungo, nel quale, accanto alla radice giudaico-cristiana, avrebbero dovuto quanto meno figurare le idee di libertà e di uguaglianza della rivoluzione francese, l'eredità della scienza nata con Galileo, Keplero, Cartesio e Darwin, il principio di incompetenza degli stati in materia religiosa, le concezioni del pluralismo, della tolleranza e dello spirito di libera ricerca e via dicendo.

Non soltanto tuttavia ragioni di carattere pratico hanno indotto a ritenere che la sola inclusione delle radici cristiane avrebbe ingiustamente escluso aspetti altrettanto importanti che meritavano di essere menzionati, determinando così un grave squilibrio nella stessa immagine culturale del continente: vi era anche l'esigenza prioritaria di mantenere il principio di laicità, uno dei più apprezzabili aspetti della

cultura europea rispetto alla culture che non sono ancora riuscite a separare i precetti divini dalle leggi umane.

Che il cristianesimo abbia avuto un ruolo centrale nella formazione della cultura europea costituisce un'affermazione ovvia e che non può essere seriamente contraddetta. E tuttavia un'importanza essenziale per la formazione della cultura europea deve certamente riconoscersi anche alle concezioni, definite con le espressioni di laicità e di laicismo, consistenti nella tendenza ad escludere l'influenza della religione (in particolare del cattolicesimo) dalla vita e dalle istituzioni civili e politiche. Caratterizzato da un iniziale anticlericalismo, il laicismo si è sviluppato in forme più articolate e, come principio di indipendenza dello stato in materia religiosa, alcune sue tesi sono state assunte dal pensiero religioso contemporaneo. Costituisce un'importante conquista del pensiero laico l'affermazione che, se è certamente necessario che lo stato non interferisca nelle scelte confessionali dei suoi cittadini, è però anche necessario che le chiese non interferiscano nelle scelte (legislative, amministrative e giurisdizionali) degli stati: la laicità degli ordinamenti, la distinzione tra "peccato" e "reato", tra "norma morale" e "norma giuridica", rappresentano la migliore difesa possibile anche per la garanzia delle libertà di religione e verso la religione.

Storicamente il principio di tolleranza nasce come reazione alle persecuzioni religiose e prepara gradualmente la separazione della sfera politico-statale dalla sfera religiosa e l'affermazione della libertà di coscienza e della libertà di pensiero. Il principio del dialogo si è venuto sempre più affermando nella filosofia contemporanea e, nelle più diverse situazioni di cultura e di pensiero, vale per qualsiasi coscienza rispettosa di sé e delle altre: vale, o dovrebbe comunque valere, anche per ogni cattolico consapevole che la convivenza civile comporta pure, come è ovvio, esigenze di coesistenza con i non cattolici e i non credenti. È un principio, quello della tolleranza, le cui origini devono farsi risalire all'umanesimo del XVI secolo, che trova la sua massima espressione nel periodo dell'illuminismo del XVIII secolo e che diviene in seguito parte integrante del pensiero liberale.

Occorre però tenere presente che assai spesso la chiesa cattolica tende a svuotare del suo contenuto la parola laicità, un obiettivo che risulta chiaro se si valutano molti documenti ecclesiastici che riguardano tale questione: a titolo d'esempio ricordo la nota dottrinale che, nel novembre 2002, la congregazione vaticana per la dottrina

della fede ha rivolto ai politici italiani, nella quale si legge: «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», brano nel quale la chiara affermazione sull'esclusione della sfera morale dall'autonomia rispetto alla sfera civile e politica fa comprendere quali e quanti problemi si pongono sui rapporti tra morale civile e morale religiosa e tra società civile e società religiosa, per ricordare il titolo di un fortunato volume di un grande storico e giurista, Arturo Carlo Jemolo<sup>2</sup>. Il punto di vista delle gerarchie cattoliche è che separazione della religione dalla politica non significa separazione fra la morale e la politica e che la chiesa cattolica è l'autorità divina, ultima e legittima, che definisce la verità in tema di moralità e che stabilisce ciò che è giusto in politica.

La garanzia della libertà di coscienza, che viene intesa non nel senso di un aspetto particolare del più ampio diritto di libertà religiosa, ma come libertà autonoma, più ampia della libertà religiosa e, in un certo senso, precedente tale libertà, riguarda l'esercizio di una libertà che deve essere idonea a ricomprendere ogni possibile atteggiamento dell'individuo imputabile alla sua coscienza e che assume un significato sul piano giuridico quando non si risolve nell'ambito della sfera meramente individuale. Il riconoscimento della libertà di coscienza significa che lo stato si impegna a non esercitare alcuna costrizione della coscienza individuale, ritenendosi unicamente ammissibile un'eventuale limitazione che trovi un suo fondamento nelle eventuali disposizioni che le prevedono (v. per esempio, l'art. 9, comma 2 o in altri articoli della convenzione europea dei diritti dell'uomo). I poteri pubblici non devono dunque proporsi di influenzare le decisioni di coscienza del singolo o di collegare ad esse privilegi o svantaggi. La corte costituzionale italiana ha riconosciuto il diritto alla libera formazione della coscienza, senza influssi di natura familiare, ambientale, sociale o istituzionale, nelle sentenze nn. 409 del 1989, 467 del 1991, 149 del 1995.

Nella maggior parte dei paesi d'Europa la nozione di tolleranza verso le idee e credenze, non soltanto religiose, che costituisce uno

---

<sup>2</sup> ARTURO C. JEMOLO, *Società civile e società religiosa*, Torino, Einaudi, 1959.

degli aspetti essenziali del concetto di laicità, ha trovato la sua realizzazione nella garanzia del pluralismo: perché il principio del pluralismo possa concretamente realizzarsi sul piano istituzionale, occorre la realizzazione di una complessiva unità nella tutela delle diversità: obiettivi al quale tendono i principi di eguaglianza e di solidarietà e le garanzie delle libertà di espressione e di manifestazione del pensiero.

Una considerazione particolare merita il tema della scuola. Soltanto una scuola veramente laica che rispetti cioè tutte le fedi senza privilegiarne alcuna, è in grado di rifiutare le pretese che via via vengono espresse, su un piano di parità e cioè con piena legittimità costituzionale. Il pluralismo religioso e culturale, sulla cui importanza nel sistema costituzionale italiano possono leggersi le sentenze della corte costituzionale 12 aprile 1989, n. 203 e 14 gennaio 1991, n. 13, può realizzarsi soltanto se le istituzioni scolastiche rimangono imparziali di fronte al fenomeno religioso. L'imparzialità delle istituzioni scolastiche pubbliche di fronte al fenomeno religioso deve realizzarsi attraverso la mancata esposizione di simboli religiosi piuttosto che attraverso l'affissione di una pluralità di simboli, che – come si osserva giustamente nell'ordinanza del giudice di Ofena in Abruzzo di qualche mese fa – non potrebbe in concreto essere tendenzialmente esaustiva e comunque finirebbe per ledere la libertà religiosa negativa di coloro che non hanno alcun credo.

L'ideale laico, si è giustamente osservato, comporta l'attuazione concreta dello stato di diritto e quindi il perfezionamento della nostra democrazia<sup>3</sup>. Le parole usate nelle norme giuridiche hanno un peso notevole perché la loro presenza, al di là delle intenzioni dei proponenti delle varie formule giuridiche, porta sempre a risultati concreti: indipendentemente dalle intenzioni, è assai breve il tragitto che da questa riconoscenza conduce 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 che, per esempio in materia di aborto o di matrimoni omosessuali, contraddica le aspettative di una chiesa cristiana sarebbe una violazione della costituzione europea.

I principi della libertà di pensiero e di coscienza e le disposizioni

---

<sup>3</sup> V. PEGNA, *Le sfide della laicità*, in *laicità*, 2004, pp. 8-9.

che contemplano l'uguaglianza e la libertà dei cittadini nello stato di diritto assicurato nell'unione europea consentono di parlare di un patrimonio costituzionale comune il cui rispetto rappresenta la migliore garanzia per assicurare lo stesso principio di laicità, che può oggi essere inteso come principio generale degli ordinamenti e si riferisce a un modello di neutralità attiva dello stato laico.

Pluralismo religioso e culturale, libertà di coscienza e di religione per tutti, eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, eguale libertà delle confessioni religiose, imparzialità dei poteri pubblici di fronte al fenomeno religioso, laicità delle istituzioni civili: sono questi i principi sui quali è fondata la speranza che possano realizzarsi in Europa le condizioni per una piena laicità. Non mancano le difficoltà e i dubbi per il futuro, soprattutto se si considera che nella costituzione europea, pur non figurando alcuni richiami alle radici cristiane, è tuttavia presente una disposizione, quella dell'art. 51, che pone non pochi rischi di conferma di elementi di confessionarietà presenti in molti sistemi giuridici dell'Europa. E tuttavia l'opinione che, in conclusione, vorrei qui esprimere riguarda la necessità di ribadire la supremazia del diritto, quello che nel mondo anglosassone si definisce *the rule of Law*: senza il diritto non c'è libertà ma arbitrio; e sempre più si afferma l'esigenza che le costituzioni, quella europea non meno di quelle di molti stati d'Europa, con le loro disposizioni, i loro principi consolidati e i loro valori, siano fonti di garanzia per tutti.

## *Intervento in un seminario alla LUISS\**

Sergio Lariccia si ricollega alle parole introduttive di Sergio Panunzio in merito alla costruzione di un'identità comune su scala europea, affermando che tuttora sussistono non pochi motivi di delusione per come è stato costruito e si atteggia oggi in Italia il mondo della scuola, dell'istruzione e dell'insegnamento. Proprio al riguardo si legge in questi giorni sui principali quotidiani una statistica secondo cui il 39% degli italiani non è in possesso della licenza elementare e, nel complesso, un numero molto elevato di persone ha solo la licenza media inferiore: non è questa l'Italia nella quale credevano i legislatori della legge Coppino del 1876, allorquando già si parlava dell'obbligatorietà dell'insegnamento elementare.

La validità del pensiero di Pototschnig in tema di "insegnamento, istruzione e scuola" è ancora oggi attuale e dimostra di avere, anche al di là della sua valenza scientifica, una decisiva funzione nella formazione degli insegnanti, che dalla sua lettura possono essere avvicinati alla Costituzione e alla comprensione della rilevanza del loro ruolo. Nello scritto richiamato, il paragrafo su "libertà di insegnamento e rispetto della personalità del minore" è di grande importanza per chiunque insegni e a qualunque livello, essendo valido, in generale, per il rispetto della personalità degli allievi di qualsiasi età.

Il punto centrale della relazione di Enzo Balboni, relativo al fatto che la scuola non è un servizio pubblico come gli altri, è pienamente condivisibile. Del resto la dottrina costituzionalistica ha chiarito questo punto già in passato. Per esempio Calamandrei nel 1956, nell'introduzione a un libro sulla scuola, afferma come essa sia qualcosa di completamente diverso da tutto il resto, poiché in essa non si producono cose, ma si formano coscienze di cittadini a loro volta

---

\* Resoconto stenografico di un intervento alla LUISS in un seminario coordinato dal Prof. S. PANUNZIO, su una relazione del Prof. E. BALBONI in tema di scuola e insegnamento (20 marzo 2004).

impegnati nella formazione di altre coscienze. Però proprio questo aspetto peculiare della scuola rende inaccettabili i paragoni tra alcune disposizioni che la riguardano e quelle relative ad altri servizi pubblici; in particolare il 3° comma dell'art. 33 della Costituzione, dal quale viene fatta discendere la possibilità di finanziamenti nei confronti delle scuole private (definizione preferibile a quella di scuole libere, che lascerebbe sottintendere che le scuole pubbliche non siano libere), risente di tali peculiarità, in quanto la maggior parte delle scuole private sono scuole di natura confessionale. Il senso di quella norma costituzionale va inteso come volto ad impedire ogni tipo di finanziamento a scuole private e confessionali, in netta opposizione a quanto affermato, non molti anni prima, nel Concordato del 1929, il cui art. 36 prevedeva che tutto l'insegnamento – e non solo quella che la legge Lanza nel 1857 chiamava “istruzione religiosa” – dovesse essere improntato al principio della religione cattolica apostolica romana quale religione di Stato. Del resto, la stessa espressione “senza oneri per lo Stato”, avanzata in Costituente da Corbino, andava esplicitamente nello stesso senso. Invece, il sistema del c.d. “buono-scuola” cela una forma di finanziamento della scuola privata e va pertanto considerato negativamente, non solo perché contrario al dettato costituzionale, al pari della legge 62/2000, ma anche perché, come giustamente rilevato da Sandulli, esso opera un'inversione di prospettiva logica, in quanto sarebbe stato più opportuno avviare una riconsiderazione dei rapporti con le scuole private partendo da un'attività di valutazione delle scuole e degli studenti.

È innegabile, quindi, che uno dei problemi fondamentali sia ancora rappresentato dalla libertà nella scuola, e a questo proposito va ricordato come sull'argomento esistano in dottrina importanti contributi, anche se non propriamente nel campo del diritto costituzionale. Non si possono infatti trascurare le opere al riguardo di cultori del diritto ecclesiastico quali Anna Talamanca e Piero Bellini, oltre a quella di Norberto Bobbio che, in prossimità della stipulazione del patto di Villa Madama, affermava recisamente che la libertà nella scuola va privilegiata rispetto alla garanzia della libertà della scuola. Nello stesso senso sono anche significativi gli scritti di Paolo Barile a critica della sentenza della Corte Costituzionale sul “caso Cordero” e della giurisprudenza che ne è seguita, nella quale si è invece posta come preminente la questione della libertà della scuola. Proprio a tal

proposito, non può considerarsi accettabile l'art. 10 degli accordi di Villa Madama, che prevede che i professori possano insegnare nelle università cattoliche solo previo nullaosta dell'autorità dell'università e, in caso di deliberazioni di successivo allontanamento, come avvenuto per Luigi Lombardi Vallauri, nulla possa essere exceptio nei confronti dell'università, poiché esiste una disposizione addizionale del patto di Villa Madama che pone l'esplicito obbligo all'Italia di rispettare le conclusioni cui pervenne la Corte Costituzionale nella sentenza sul "caso Cordero".

## *Politiche pubbliche e clericalismo\**

Sono trascorsi vent'anni da quando in Italia è stata approvata la legge 25.3.1985, n. 121, contenente la «Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18.2.1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11.2.1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede».

Il problema della riforma della disciplina dei rapporti tra lo stato italiano e la chiesa cattolica ha potuto trovare una soluzione legislativa soltanto agli inizi degli anni ottanta: ed infatti, dopo le discussioni del marzo 1947 all'assemblea costituente sugli artt. 7 e 8 cost., dopo le iniziative culturali assunte nel primo decennio successivo all'entrata in vigore della costituzione<sup>1</sup>, dopo i mutamenti civili e religiosi che hanno caratterizzato le trasformazioni della società italiana negli anni sessanta<sup>2</sup>, dopo che, nel febbraio 1965, una discutibile applicazione, da parte del potere esecutivo, dell'art. 1, 2° comma, conc. 1929 aveva determinato il divieto prefettizio di rappresentare in Roma *Il Vicario* di Rolf Hochhuth<sup>3</sup> e aveva indotto l'opinione pubblica e una parte della classe politica a prendere coscienza dell'urgenza di affrontare il tema del concordato e delle relazioni tra stato e chiesa cattolica e dopo i numerosi dibattiti sulla questione concordataria in parlamento, iniziati con il dibattito svoltosi alla camera, il 4 e 5 ottobre 1967, sulle quattro mozioni relative alla revisione del concordato, il 1° dicembre 1983 il presidente del consiglio Bettino Craxi veniva ricevuto dal papa in Vaticano e si diffondeva la notizia che era imminente la conclusione

---

\* In *Critica liberale*, 1, 2005, n. 111, p. 29 ss.

<sup>1</sup> Notevole importanza assunse nell'ottobre 1957 un convegno degli «Amici del Mondo» sui rapporti tra stato e chiesa cattolica: gli atti sono pubblicati nel volume a cura di V. GORRESIO, *Stato e Chiesa*, Bari, Laterza, 1957.

<sup>2</sup> S. LARICCIA, *Stato e Chiesa in Italia. 1948-1981*, Brescia, Queriniana, 1981, p. 27.

<sup>3</sup> Sull'episodio del divieto prefettizio di rappresentare in Roma «Il Vicario» di Rolf Hochhuth e sui riflessi che esso ha avuto negli ambienti politici cfr. S. LARICCIA, *Stato e Chiesa*, cit., p. 36.

della trattativa per la revisione del concordato lateranense. Alcuni parlamentari sollecitavano inutilmente il governo a sottoporre il progetto all'esame del parlamento e, per superare maggiori difficoltà, veniva adottata una soluzione di compromesso: discutere in parlamento non il testo dell'accordo, bensì quello di una scheletrica e generica *nota informativa* di quattro pagine che enunciava alcuni principi cui il documento si sarebbe ispirato.

Il dibattito alle camere, svoltosi nei giorni 25-27 gennaio 1984, si concludeva con un ordine del giorno nel quale venivano approvati «gli intendimenti» espressi nelle dichiarazioni del presidente del consiglio circa il modo di proseguire il negoziato. Ancora una volta, come già era avvenuto nel 1929, il parlamento ha dovuto limitare il proprio intervento a una generica riflessione sulla materia concordataria, giacché il dibattito in parlamento prima della conclusione del negoziato si è svolto solo sui generici ed evanescenti principi che delineavano la cornice del sistema dei rapporti stato-chiesa cattolica; e lo stesso è avvenuto in occasione del dibattito parlamentare che è seguito alla comunicazione dei principi sui quali aveva convenuto di basarsi la commissione paritetica per la riforma della legislazione sugli enti e beni ecclesiastici.

Nel 1985 si ritenne concluso il lungo periodo di attesa per l'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano di nuovi principi sui rapporti tra stato e confessioni religiose, dopo che il legislatore, che l'anno precedente aveva anche approvato la legge 11.8.1984, n. 449, contenente le «Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le Chiese rappresentate dalla tavola valdese», con la c.d. revisione concordataria aveva compiuto l'*iter* per l'approvazione di norme più rispondenti alle «esigenze di armonizzazione costituzionale», all'«evoluzione dei tempi» e allo «sviluppo della vita democratica», per richiamare i tre principi indicati dal parlamento quali criteri per la revisione del concordato lateranense del 1929. Le due leggi sopra ricordate, insieme a quella sugli enti ecclesiastici e sul nuovo finanziamento del clero (l. 20.5.1985, n. 222) e alle nuove disposizioni, entrate in vigore negli anni successivi al 1984, sulla regolazione dei rapporti tra lo stato italiano e alcune importanti confessioni religiose di minoranza, hanno previsto innovazioni di grande rilievo per quanto riguarda il sistema di relazioni tra lo stato italiano e le confessioni religiose che operano all'interno del suo ordinamento.

Oltre alla legge di modifica della citata l. n. 449 del 1984 (l. 5.10.1993, n. 409) sono state infatti approvate le seguenti leggi di approvazione delle intese stipulate con le rispettive confessioni religiose: l. 22.11.1988, n. 516 con l'unione italiana delle chiese cristiane avventiste e l. (di modifica) 20.12.1996, n. 637; l. 22.12.1988, n. 517, con le assemblee di Dio in Italia; l. 8.3.1989, con l'unione delle comunità ebraiche italiane, e l. (di modifica) 20.12.1996, n. 638; l. 12.4.1995, n. 116 con l'unione cristiana evangelica battista d'Italia; l. 29.11.1995, n. 520, con la chiesa evangelica luterana in Italia.

In numerose occasioni, negli ultimi quarant'anni, ho espresso l'opinione che il concordato e gli accordi di natura concordataria, rispondenti all'esigenza dei regimi autoritari di favorire la concessione di privilegi alle confessioni religiose e di agevolare l'esplicitarsi di forti influenze del fattore clericale sulle istituzioni pubbliche e private, non costituiscono più, nell'attuale società italiana, uno strumento idoneo a disciplinare i rapporti tra stato e chiese e che un semplice aggiornamento dei patti lateranensi del 1929 sarebbe risultato inadeguato a soddisfare le esigenze che invece caratterizzano una società democratica: l'eguaglianza dei cittadini e dei gruppi sociali anche in materia religiosa, l'imparzialità dello stato in tale materia e il principio di laicità, che opera come «fattore primario del modello di democrazia pluralista» del nostro sistema giuridico<sup>4</sup>. I rapporti tra stato e confessioni religiose riguardano così da vicino gli interessi del cittadino, protagonista dell'esperienza giuridica nei regimi democratici, da non potere essere disciplinati in convenzioni di diritto internazionale, né mediante la procedura che caratterizza la ratifica di tali convenzioni.

È opportuno qui ricordare che aderire alla tesi del superamento del regime concordatario non significa affermare che i rapporti tra i due ordinamenti dello stato e della chiesa cattolica debbano essere necessariamente concepiti nella forma separatista delle c.d. *parallele*, giacché nell'odierna società pluralista le relazioni tra le autorità dello stato e delle confessioni religiose sono certo inevitabili. Una volta soddisfatta l'esigenza dell'abbandono del modello autoritario e

---

<sup>4</sup> F. RIMOLI, *Laicità*, in *Dizionario costituzionale*, a cura di M. AINIS, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 270. Per una valutazione del problema dei rapporti tra sfera pubblica e religione in Europa può vedersi M. VENTURA, *La laicità dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2002.

verticistico implicito nell'istituto del concordato, i rapporti tra stato e chiese possono essere disciplinati o sottoponendo il fenomeno religioso al diritto comune<sup>5</sup>, oppure ricorrendo a nuovi strumenti formali di accordo che assumano una qualifica diversa rispetto a quella delle convenzioni di diritto internazionale o si configurino come accordi politici a rilevanza interna<sup>6</sup>.

Molti dei problemi conseguenti alla confessionalizzazione della società italiana determinati dall'entrata in vigore dei patti lateranensi del 1929 e dalla decisione dell'assemblea costituente di richiamare tali patti nella carta costituzionale del 1948<sup>7</sup> non sono certo venuti meno con l'approvazione del nuovo concordato e non v'è dubbio che sulla tormentata vicenda relativa alla riforma della legislazione sui rapporti tra stato e chiesa cattolica abbiano esercitato notevole influenza valutazioni di opportunità e di convenienza politica in parte estranee al problema della politica ecclesiastica. È tuttora viva la polemica da parte di chi osserva che il concordato costituisce uno strumento superato e inadatto a soddisfare le attuali esigenze della società civile e che, in particolare, l'accordo di modificazioni del concordato lateranense non ha risolto i nodi più importanti della questione concordataria e continua a porre, a distanza di più di vent'anni, molti e complessi problemi di interpretazione, anche perché il potere politico ha utilizzato una tecnica legislativa che ha affidato all'inter-

---

<sup>5</sup> Per un esame delle possibili forme di accordi in materia di rapporti tra stato e chiese, eventualmente alternativi rispetto allo strumento giuridico del concordato e della loro natura giuridica, utili indicazioni possono rinvenirsi in G. CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano, Giuffrè, 1974; AA.VV., *Le intese tra Stato e confessioni religiose: problemi e prospettive*, Milano, Giuffrè, 1978; AA.VV. *Il Concordato: trattato internazionale o patto politico?*, Roma, Borla, 1978. Per alcune considerazioni sul problema di una *legge comune sul fatto religioso*, cfr. P. BELLINI, *Per un nuovo laicismo: per una legge comune del "fatto religioso"*, in AA.VV., *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 167; S. LARICCIA, *Problematica extra-concordataria dei rapporti tra Stato e Chiesa in Italia*, in *Città & Regione*, 1982, n. 6, p. 173.

<sup>6</sup> Per la dottrina che ha parlato di «negozi di diritto pubblico interno» a proposito delle «intese» che devono precedere la legge statale sulla disciplina dei rapporti con le confessioni religiose, cfr. P. FLORIS, *«Uguale libertà» delle confessioni religiose e bilateralità tra Stato e Chiese (teorie giuridiche e progetti di riforma)*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1983, p. 3, spec. p. 32.

<sup>7</sup> S. LARICCIA, *Stato e Chiesa in Italia*, cit.

prete la ricerca delle soluzioni più adeguate in molte ipotesi in cui l'importanza delle questioni, il contrasto delle opinioni e il desiderio di concludere una lunga e faticosa trattativa hanno indotto a lasciare aperti i problemi e a rinunciare alla previsione di norme dal contenuto chiaro e suscettibile di una sicura interpretazione.

Soprattutto negli ultimi vent'anni si sono verificate le condizioni favorevoli per l'instaurarsi di frequenti e intensi rapporti tra autorità pubbliche e quelli che, secondo una definizione da me stessa individuata e studiata più di trent'anni fa<sup>8</sup>, possono qualificarsi i rappresentanti degli interessi religiosi, intendendo con tale espressione non soltanto le chiese e le confessioni religiose, ma anche altre organizzazioni interconfessionali e intraconfessionali, non confessionali e filosofico-umanistiche. Sull'affermarsi di questa pratica del confronto e del dialogo hanno fortemente influito la tendenza a prendere coscienza della valenza sociale delle istituzioni economiche (con particolare riferimento alla materia del lavoro e della sicurezza sociale) e soprattutto il proposito di agire nella prospettiva di un miglioramento delle condizioni di vita dei cittadini, in ambiti essenziali quali sono quelli dell'educazione e della formazione, della lotta per il superamento delle discriminazioni e dell'emarginazione sociale, della parità dei sessi, della sanità: si tratta di importanti novità collegate anche alla nota questione del c.d. deficit democratico dell'unione europea.

Tali tendenze si sono evidenziate anche in sede europea, nella quale i vari soggetti confessionali e le loro articolazioni hanno sollecitato l'instaurarsi di prassi, già adottate nelle esperienze nazionali, di cooperazione e negoziazione nel rapporto con i poteri pubblici operanti all'interno dei rispettivi ordinamenti. In Europa, un presupposto del dialogo tra unione e gruppi confessionali è rappresentato dalla tendenza a perseguire l'obiettivo dell'ideale di un'anima per la costruzione europea, che, seguendo le indicazioni prospettate molti anni fa da Delors, ha obiettivi precisi e ben definiti a vocazione etico-spirituale: 1. Definizione di un senso del processo di unificazione europea; 2. rafforzamento della tolleranza e del pluralismo, nonché del mutuo rispetto delle differenze; 3. solidarietà con i più deboli; 4. coinvolgimento di persone e gruppi nelle discussioni sulla politica

---

<sup>8</sup> S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano, Giuffrè, 1967.

europea; 5. promozione delle libertà di opinione e di azione contro le molteplici costrizioni della società moderna.

Queste tendenze e il perseguimento di questi obiettivi pongono problemi di non facile soluzione per chi si proponga di favorire in Europa la costruzione di una società e l'organizzazione di istituzioni fondate sul principio di laicità. Il sistema giuridico comunitario può, a mio avviso, considerarsi un sistema laico e pluralista. Una serie di ragioni concorrono a far ritenere esistente tale qualifica. Innanzi tutto la circostanza, giustamente ricordata in un volume di Marco Ventura, che «i trattati disegnano un sistema giuridico che non riconosce in altri che nella volontà degli stati membri (dunque, per il principio democratico, nella volontà dei cittadini) la propria origine e legittimazione. E disegnano altresì un sistema giuridico indipendente da soggetti ideologico-religiosi e non pregiudicato, nell'elaborazione delle proprie politiche, da alcuna ipoteca ideologica, filosofica o religiosa»<sup>9</sup>. L'uso di questa espressione – che non vi sia un pregiudizio di un'ipoteca confessionale (religiosa) – rende naturalmente di particolare importanza l'assenza di condizionamenti derivanti da richiami alle comuni radici cristiane o cattoliche, dalla tradizione del pensiero cattolico e, per la nostra esperienza italiana, dall'assenza di patti e intese di tipo concordatario che si propongano di garantire privilegi più che libertà.

«La laicità della democrazia – si è osservato – è identificabile con lo spazio pubblico entro cui tutti i cittadini, credenti e non, confrontano i loro argomenti e seguono procedure consensuali di decisione, senza far valere ragioni autoritative delle proprie verità di fede o dei propri convincimenti in generale. Laicità significa dunque attenersi al criterio della reciproca persuasione e della leale osservanza delle procedure»<sup>10</sup>.

Esempi particolarmente significativi di pressioni esercitate sulle politiche pubbliche in Italia sono rappresentati dai discorsi delle gerarchie ecclesiastiche sul divorzio e sugli obblighi che deriverebbero per i giudici e gli avvocati nei diversi paesi; dalle affermazioni della conferenza episcopale, ripetute e sempre più pressanti, tendenti a perseguire l'obiettivo di introdurre o modificare la legislazione e

---

<sup>9</sup> M. VENTURA, *La laicità dell'Unione europea*, cit.

<sup>10</sup> G.E. RUSCONI, *Come se Dio non ci fosse*, Torino, Einaudi, 2000, p. 153.

le prassi sul riconoscimento dell'embrione e della persona umana; dall'insistenza con la quale, pur dopo la sottoscrizione del trattato costituzionale europeo, si richiede la menzione, nel preambolo della costituzione europea, delle radici cristiane, e/o giudaico-cristiane, che dovrebbero costituire essenziale criterio di riferimento per l'interpretazione delle disposizioni contenute nel trattato costituzionale approvato nel 2004.

Dieci anni fa, concludendo una relazione dedicata ai problemi della laicità in Italia<sup>11</sup>, osservavo che soltanto poco tempo prima, dopo la sentenza della corte costituzionale n. 203 del 1989, che aveva ritenuto il principio di laicità uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano, si erano create le condizioni per la laicizzazione della politica e per la costruzione dell'Italia democratica come stato laico e aggiungevo le seguenti parole: «il futuro è di fronte a noi, credenti e non credenti, affidato all'impegno cosciente e responsabile di tutti coloro che perseguono l'obiettivo di un'emancipazione della politica dalla religione e quindi dello stato dalle chiese ed assegnano ad un comportamento politico autonomo dai valori religiosi il compito di creare uno stato moderno, laico, democratico, solidarista e pluralista».

Non mi soffermo qui nel considerare se negli anni trascorsi da allora si siano accentuati in Italia i caratteri di modernità, democrazia, solidarietà e pluralismo; per quanto riguarda il problema della laicità, penso che vi siano molte ragioni per temere che la situazione non sia per niente migliorata e che vi siano anzi sempre maggiori ostacoli per la riaffermazione di in valore importante qual è la laicità dello stato e delle sue istituzioni.

Le preoccupazioni sono particolarmente giustificate in materia scolastica, nella quale da molto tempo è in atto un processo di sistematica distruzione della scuola pubblica, dimostrato da tanti e significativi "fatti" verificatisi nel periodo più recente: eliminazione dell'aggettivo "pubblica" accanto al sostantivo "istruzione" per la definizione del ministero dell'istruzione, della cultura e dell'università contenuta nel d. lgs. n. 300 del 30 luglio 1999 (è soltanto un fatto nominalistico?); affermazione del concetto che deve ritenersi superata l'idea che i po-

---

<sup>11</sup> S. LARICCIA, *Laicità e politica nella vicenda dello Stato italiano contemporaneo*, in *Behemoth*, 1964, n. 16, p. 75.

teri pubblici (*res publica*, come si legge nel secondo comma dell'art. 3 cost.) debbano farsi carico di un'offerta per tutti; approvazione dalla legge n. 62 del 10 marzo 2000 relativa alla parità scolastica e al diritto allo studio e all'istruzione, una legge a mio avviso incostituzionale, perché contrastante con importanti principi contenuti in tema di scuola, insegnamento e istruzione nell'art. 33 cost.; assunzione a tempo indeterminato dei docenti di religione cattolica; nomina di un cardinale nella commissione incaricata di valutare i problemi relativi alla deontologia dei docenti della scuola pubblica; prassi delle scuole private cattoliche di ogni ordine e grado di licenziare chi si sposi con rito civile o chi si unisca in una famiglia di fatto; nuovo sistema di esami di maturità che anche nelle scuole private si propone di limitare a un solo componente la presenza di membri esterni; definirsi di «un quadro complessivo di un governo che privilegia le scuole private e la scuola come servizio ai privati, che indebolisce ulteriormente il profilo laico della scuola di Stato, che vuole una scuola pubblica non come luogo di convivenza e confronto di tutte le idee, ma come campo di affermazione delle proprie idee clericali»<sup>12</sup>.

L'influenza del fattore clericale sulle politiche pubbliche in Italia continua ad avere un rilievo negativo sull'evoluzione della società democratica ed è invece necessario che non si sottovaluti l'importanza che assume il problema della laicità nel nostro paese<sup>13</sup>.

Non vi è dubbio che i temi più delicati della questione relativa ai rapporti tra stato e chiese potranno trovare una soluzione soddisfacente solo quando le autorità dello stato e delle confessioni religiose avranno acquisito la consapevolezza che nella coscienza sociale sono maturate nuove condizioni, che consentono di considerare il superamento della *logica concordataria* come il risultato dell'affermazione di una società pluralista, nella quale la garanzia della libertà delle chiese non va ricercata negli accordi di vertice ma nella stessa società.

---

<sup>12</sup> Sono le parole di un comunicato del comitato torinese per la laicità della scuola, emesso il 15 novembre 2001 e pubblicato sul n. 4/2001 della rivista trimestrale "Laicità", p. 8.

<sup>13</sup> S. LARICCIA, *La laicità in Italia. Un percorso bibliografico*, in *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino, Giappichelli, 2004, p. 330.

## *Leggi sulla base di intese e garanzie di libertà religiosa\**

### *1. Politica concordataria e regime delle intese*

Il 20 marzo 2000 due nuove intese sono state stipulate dal governo italiano, rispettivamente con la congregazione cristiana dei testimoni di Geova e con l'unione buddhista italiana, e si è in attesa dell'approvazione delle due leggi da emanarsi ai sensi dell'art. 8, comma 3, cost. Queste due intese si aggiungono alle altre sei stipulate negli ultimi anni e approvate con legge dello stato: l. 11.8.1984, n. 449, con le chiese rappresentate dalla tavola valdese, e l. (di modifica) 5.10.1993, n. 409; l. 22.11.1988, n. 516 con l'unione italiana delle chiese cristiane avventiste e l. (di modifica) 20.12.1996, n. 637; l. 22.12.1988, n. 517, con le assemblee di Dio in Italia; l. 8.3.1989, con l'unione delle comunità ebraiche italiane, e l. (di modifica) 20.12.1996, n. 638; l. 12.4.1995, n. 116 con l'unione cristiana evangelica battista d'Italia; l. 29.11.1995, n. 520, con la chiesa evangelica luterana in Italia.

Ho avuto più volte occasione di esprimere l'opinione che i concordati non costituiscono, nelle società democratiche, strumenti idonei a disciplinare i rapporti tra stati e chiese e che, in Italia, un semplice aggiornamento dei patti del 1929 sarebbe risultato inadeguato a soddisfare le fondamentali esigenze dell'eguale libertà dei cittadini e dei gruppi sociali in materia religiosa e dell'imparzialità dello stato in tale materia; sarebbe stato preferibile che lo stato italiano, dopo il 1948, si orientasse a favore dell'applicazione del diritto comune, in primo luogo delle disposizioni generali del diritto costituzionale in materia religiosa.

Politica concordataria e regime delle intese sono argomenti collegati, considerando che, quando si è deciso di concludere la lunga vicenda della revisione concordataria, un fattore che ha influito sull'orientamento in tal senso degli organi statali è stato rappresen-

---

\* In *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 485-88.

tato dalla disponibilità a favore della politica delle *intese* da parte dei rappresentanti di alcune confessioni religiose diverse dalla cattolica<sup>1</sup>.

I concordati e le intese fanno comunque parte del nostro ordinamento giuridico e purtroppo non è prevedibile una loro abrogazione a breve distanza di tempo, per cui le scelte del passato devono condizionare gli orientamenti del futuro: nuove intese possono essere dunque necessarie, soprattutto se riguardano confessioni favorevoli a impostare i rapporti con lo stato in una prospettiva che non implichi richiesta di privilegi o assunzione di poteri sulle coscienze individuali e sulle strutture della società.

Le due intese di recente stipulate contengono sia disposizioni generali in materia di libertà religiosa, che applicano i principi costituzionali sulle libertà, sia specifiche disposizioni che garantiscono l'esercizio di tali libertà agli aderenti alle due confessioni: diritto all'assistenza spirituale da parte di propri ministri di culto negli ospedali e negli istituti di pena, diritto di non avvalersi di insegnamenti religiosi, riconoscimento degli effetti civili ai matrimoni religiosi per i testimoni di Geova, estensione alle due confessioni del sistema dei rapporti finanziari tra lo stato e le confessioni religiose previsto dalla l. 20.5.1985, n. 222, previsione della cessazione di efficacia e di applicabilità della l. 24.6.1929, n. 1159 e del r.d. 28.2.1930, n. 289.

## 2. *La congregazione cristiana dei testimoni di Geova e l'unione buddhista italiana nell'esperienza giuridica italiana*

Non potendo qui considerare i singoli punti oggetto di disciplina concordata<sup>2</sup>, mi limito a esaminare solo alcuni aspetti più problematici.

Una prima considerazione riguarda la particolare situazione delle due confessioni nella storia e nella società del nostro paese.

Per quanto riguarda i buddhisti, va ricordata la difficoltà di riconoscere come confessioni religiose e di applicare quindi le norme ad esse relative nei confronti di istituzioni che soltanto in minima parte

---

<sup>1</sup> Cfr. P. BELLINI, *La tentazione concordataria*, in *il tetto*, 1980, 270.

<sup>2</sup> Cfr. N. COLAIANNI, *Le intese con i buddhisti e i testimoni di Geova*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2000, n. 2, 513.

svolgono riti, in quanto il buddhismo esercita come unica attività religiosa quella dell'insegnamento e sostanzialmente si disinteressa della divinità. Per la congregazione cristiana dei testimoni di Geova, non si possono dimenticare l'atteggiamento repressivo delle autorità fasciste (nota è la circolare del ministro dell'interno del 9 aprile 1935), e, dopo l'entrata in vigore della costituzione, l'azione dei pubblici poteri contrastante con l'esercizio di libertà da parte dei rispettivi aderenti, sul fondamento di motivi collegati alla asserita disobbedienza alle leggi e alla affermata sussistenza di possibili conflitti di lealtà determinati dall'appartenenza alla confessione.

Per ambedue le confessioni il merito di avere contribuito alla soluzione di molti problemi e di avere favorito il loro riconoscimento come confessioni religiose va attribuito al consiglio di stato che, con i due pareri favorevoli del 30.7.1986, n. 1390 e 29.11.1989, n. 2158, ha portato all'emissione, rispettivamente, del d.p.r. 22.12.1986, n. 783 e del d.p.r. 3.1.1991. Nel primo parere si stabilì la fondamentale distinzione fra attività illecite dei singoli e dell'associazione, precisando che «le responsabilità penali dei singoli non comportano un giudizio di illiceità dei fini associativi» e che la liceità associativa «non esclude affatto la responsabilità personale per i reati commessi dai singoli associati», in conformità a quanto stabilito dalla corte costituzionale con la sentenza n. 59 del 1958; nel secondo parere il consiglio di stato ha affermato che «la circostanza che un'istituzione non svolga riti o li svolga in minima parte non vale a restringere il campo di applicabilità delle disposizioni in tema di erezione in ente morale degli istituti di culti diversi dal cattolico».

### 3. *Opposizione alle intese e pregiudizi per il riconoscimento delle libertà di religione*

Non sono mancati i tentativi volti a contestare la decisione di prevedere una disciplina legislativa che recepisca il contenuto delle due intese, nei confronti della quali sono state espresse perplessità anche nel consiglio dei ministri che poi le ha approvate.

Occorre però domandarsi se le ragioni addotte da parte di chi si propone di ostacolare la procedura di approvazione delle due intese non costituiscano ingiustificati pregiudizi, che, come tali, non devo-

no ostacolare il raggiungimento dell'obiettivo – la legge statale di approvazione dell'intesa – che, come si è visto, altre sei confessioni religiose di minoranza hanno già ottenuto negli anni compresi tra il 1984 e il 1995.

Riguardo all'intesa con i testimoni di Geova si fa, tra l'altro, riferimento ai seguenti aspetti problematici: insussistenza di una confessione religiosa; diritto di voto; servizio militare; diritto all'integrità fisica.

A mio avviso nessuno di questi profili può giustificare la mancata approvazione della legge da emanare ai sensi dell'art. 8, comma 3, cost.

Che la congregazione cristiana dei testimoni di Geova costituisca una confessione religiosa può dedursi, oltre che dagli orientamenti della dottrina sull'argomento e da molte delibere dell'amministrazione, dalla giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo<sup>3</sup>, della corte costituzionale (sent. n. 195 del 1993) e dei giudici ordinari (cass., sez. V, pen., 7.10.1998, n. 1693; v. anche le molte sentenze emesse per vilipendio dei testimoni di Geova in quanto "culto ammesso nello Stato") e amministrativi (cfr. i pareri del consiglio di stato sopra ricordati).

L'esercizio del voto è un *diritto* che l'individuo può volere o non volere esplicitare (art. 2 l. n. 276 del 1993; art. 1 l. n. 277 del 1993); d'altra parte, vi sono anche orientamenti di gruppi politici a favore dell'astensione in occasione delle elezioni, la storia conosce interventi delle autorità cattoliche per l'astensione dalla vita politica (il famoso *non expedit* del 1874), nella società è diffuso il convincimento che astenersi dal voto costituisca una forma di legittima manifestazione di opinione politica.

Per il servizio militare, la l. 8.7.1998, n. 230, che ha riformato la l. n. 772 del 1972, ha definito l'obiezione di coscienza un diritto soggettivo e ha mutato la natura del servizio civile, ora configurabile come un modo alternativo di adempimento del dovere di difesa della patria<sup>4</sup>; il servizio militare di leva è destinato a scomparire con la previsione dell'arruolamento alle forze armate su base volontaria e professionale.

---

<sup>3</sup> Caso *Kokkinakis* c. Grecia, 25.5.1993; caso *Manoussakis* e altri c. Grecia, 17.9.1996; cfr. S. LARICCIA, Art. 9, in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, CEDAM, 2000, pp. 319-35.

<sup>4</sup> Cfr. LARICCIA, TARDIOLA, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, Agg., 1999, III, 815.

Anche per questa ragione manca nell'intesa con i testimoni di Geova ogni riferimento all'obiezione di coscienza al servizio militare.

Per il diritto all'integrità fisica, va ricordato che lo sviluppo di metodi alternativi alla trasfusione di sangue ha fatto praticamente venir meno i casi di conflitti di coscienza come quelli che avevano drammaticamente caratterizzato il famoso caso Oneda<sup>5</sup>: dal 1980 ad oggi, grazie alla incentivazione delle metodiche alternative alle emotrasfusioni e alla migliore collaborazione e comprensione della problematica da parte delle strutture sanitarie e della magistratura, non si è più ripetuto un caso simile.

#### 4. *Confessioni con e senza intesa: due discipline differenziate per il riconoscimento delle garanzie di libertà*

Nelle polemiche sollevate da parte di chi si propone di ostacolare l'approvazione di leggi emesse sulla base di nuove intese, si osserva assai spesso che non si intende minimamente mettere in discussione il diritto alla libertà di culto, che va garantito e assicurato a tutti.

Ma l'intesa è attualmente divenuta, di fatto e di diritto, uno strumento per la garanzia delle libertà di religione, un modo per estendere la disciplina comune alle altre intese e deve quindi ritenersi inesatta l'affermazione secondo la quale a una confessione con intesa sia garantita la stessa misura di libertà di quella riconosciuta a una confessione priva di intesa.

La realizzazione degli obiettivi di pluralismo posti dalla carta costituzionale e le garanzie di libertà per tutte le confessioni religiose sono affidate all'impegno civile di tutti gli italiani, credenti e non credenti. A tutti noi è assegnato il compito di diffondere la consapevolezza che, se non si ottengono le condizioni per l'effettivo esercizio di quei diritti, un paese non può considerarsi né moderno, né civile, né democratico.

---

<sup>5</sup> Cfr. Cass. 13.12.1983, in questa *Rivista*, 1984, II, 361: S. LARICCIA, Padova, CEDAM, 1986, p. 395 ss.

## *Nuove prospettive per la tutela delle persone\**

1. Nella pagina introduttiva alla raccolta di questi *Scritti in onore di Adriano De Cupis*, Pietro Rescigno ricorda che il nome di De Cupis, mio carissimo collega ed amico dal 1° novembre 1984, quando è iniziato il periodo del mio insegnamento nella Facoltà di Scienze politiche della “Sapienza”, rimane legato, in maniera decisiva, alle materie della responsabilità aquiliana e dei diritti della personalità; e l’espressione “valore della persona” risulta significativamente presente nel titolo del volume a lui dedicato<sup>1</sup>.

Nel periodo più recente l’indagine sugli istituti del diritto italiano è stata arricchita considerando, accanto alle norme scritte, altri elementi normativi e richiamando l’attenzione sui fenomeni sociali che condizionano il diritto<sup>2</sup>. Nello studio del diritto, da molti anni ormai, viene dedicata particolare attenzione all’esame dei *principi costituzionali*, all’*analisi comparata* degli istituti giuridici nei diversi paesi del mondo contemporaneo e ai vari aspetti legati alla *dinamica*

---

\* In *Studi in onore di Adriano De Cupis*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 169-83.

<sup>1</sup> Il *valore della personalità* è il titolo del paragrafo n. 8, compreso nel saggio di A. DE CUPIS, *La crisi dei valori del diritto civile*, dedicato a Giorgio Oppo, pubblicato in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 191 ss. e in *Osservatorio sul diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1992, 55 ss., spec. 65 s.

<sup>2</sup> Sugli orientamenti metodologici che caratterizzano negli ultimi decenni l’interpretazione giuridica, cfr., tra gli altri, N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, 297 ss.; ID., *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, Studium, 2004. Per una sintesi capace di fare intendere la chiusura che, nel clima culturale italiano, si è avuta nei confronti della scienza “nuova” del positivismo, la sociologia, cfr. R. TREVES, *Sociologia del diritto*, in *Enc. dir.*, XLVII, Milano, Giuffrè, 1990, 1175 ss.; ID., *Sociologia del diritto*, Torino, Einaudi, 1996. Per un primo orientamento sull’esigenza di operare “aperture” alla sociologia, in un’equilibrata mediazione tra vecchio e nuovo, possono vedersi, oltre agli scritti citati alla nota precedente, G. GIUGNI, *Diritto e sociologia*, in *Notiziario di sociologia*, 1958, 17 ss.; S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 83 ss.; G. COTTURRI, *Individuo e gruppi sociali*, in AA.VV., *Diritto privato. Una ricerca per l’insegnamento*, a cura di N. LIPARI, Bari, Laterza, 1974 (3ª ed., 1979), 71 ss.

*sociale* del fenomeno giuridico. Soprattutto dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1948 si è dedicata primaria importanza alla posizione fondamentale dei cittadini, sia come singoli sia nelle formazioni sociali nelle quali si svolge la loro personalità (art. 2 cost.).

Quasi ogni costituzione proclama solennemente i diritti di libertà e di uguaglianza dell'individuo e sono sempre più numerose le "carte" dei diritti e delle libertà: ma non ci si può semplicemente accontentare di una affermazione di principio nelle carte costituzionali, giacché, come ricordava Antonio Gramsci, «Le libertà di un popolo non si leggono solo nelle carte dei diritti ma anche nelle circolari dei ministeri»<sup>3</sup>; ed inoltre, occorre anche in concreto accertare se e in quale misura la disciplina giuridica corrisponda alle istanze di libertà dei consociati e pertanto verificare se i diritti di *libertà e di eguaglianza* e gli altri diritti astrattamente riconosciuti agli individui e ai gruppi sociali ottengano una effettiva protezione nel complesso dei rapporti societari entro il quale essi si trovano ad operare: verifica che non potrà effettuarsi tenendo esclusivamente presente la realtà nella sua entità normativa, essendo invece necessario valutare adeguatamente, nel quadro delle garanzie giuridiche, gli elementi politico-sociali sottostanti alla normativa di diritto positivo, mediante una interpretazione che consideri sociologicamente il sistema giuridico e dogmaticamente la realtà sociale.

Troppo spesso il diritto viene considerato e interpretato prescindendo dalla realtà sostanziale, talora addirittura in antitesi con la realtà sociale. Un sistema esclusivamente dommatico risulterebbe però inadeguato per una adeguata comprensione del fenomeno giuridico ed è pertanto necessario tenere conto di una serie di elementi di carattere storico e politico la cui conoscenza risulta assolutamente necessaria. Il diritto è solo una parte della realtà umana, che, come tale, è fatto per gli uomini<sup>4</sup> e quindi, per interpretare il diritto, bisogna capire prima di tutto gli uomini, le loro aspirazioni ed i loro interessi; non si deve

---

<sup>3</sup> Per una valutazione di quanto la previsione di una carta delle libertà possa influire sul diritto e sul sistema politico di un paese, cfr. R.J. SHARPE, *La Carta canadese dei diritti e delle libertà*, in *Quad. cost.*, 1992, 363 ss.

<sup>4</sup> Che il diritto sia costituito in funzione degli uomini e delle donne è affermazione contenuta in un famoso passo di Ermogeniano, D. I, 5, 2: *cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit*.

mai dimenticare, come ammoniva Piero Calamandrei, che tutte le simmetrie sistematiche, tutte le *elegantiae iuris* dei giuristi «diventano schemi illusori se non ci avvediamo che al di sotto di essi di vero e di vivo non ci sono che uomini, colle loro luci e le loro ombre, colle loro virtù e colle loro aberrazioni»<sup>5</sup>.

2. Nella Costituzione italiana, come in molte altre costituzioni europee, è possibile riscontrare la tendenza programmatica a porre in primo piano la tutela della *persona umana*, dei suoi *interessi e delle sue libertà*: e infatti la Costituzione interviene con le sue disposizioni nei più svariati aspetti della vita associata «cercando il suo cittadino nella famiglia, nella scuola, nella caserma, sui campi e nelle officine: là dove egli realmente si trova, alle prese con le sue occupazioni, con i suoi problemi quotidiani, con le vicissitudini della sua sorte»<sup>6</sup>.

Il problema dei *diritti della persona umana* era stato posto, sin dal 9 settembre 1946, da Giuseppe Dossetti in relazione ai testi da approvare nella Costituzione dell'Italia repubblicana e democratica, e con specifico riferimento alla relazione di La Pira, il quale aveva sostenuto che, a suo giudizio, la sottocommissione per la Costituzione avrebbe dovuto fissare i punti fondamentali della impostazione sistematica sulla quale avrebbe dovuto basarsi la dichiarazione dei diritti, «che non possono non essere comuni a tutti». Togliatti era intervenuto osservando che le espressioni di Dossetti potevano senz'altro costituire la base per un ampio terreno di intesa, ammettendo che fra lui e Dossetti c'era differenza nel definire la persona umana, ma non nell'indicare lo sviluppo ampio e libero di questa come fine della democrazia. Dossetti aveva presentato il seguente ordine del giorno: «La Sottocommissione esaminate le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell'uomo; esclusa quella che si ispiri a una visione soltanto individualistica; esclusa quella che si ispiri a una visione totalitaria, la quale faccia risalire allo Stato l'attribuzione dei diritti dei singoli e delle comunità fondamentali; ritiene che la

---

<sup>5</sup> P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, Discorso inaugurale del Congresso internazionale di diritto processuale civile, tenuto a Firenze il 30 settembre 1950, in ID., *Opere giuridiche*, I, Napoli, Morano, 1965, 562 ss., spec. 576.

<sup>6</sup> V. CRISAFULLI, *Lo spirito della Costituzione* (1958), in *Studi centenario Corte dei conti*, I, Milano, Giuffrè, 1963, 104 ss.

sola impostazione veramente conforme alle esigenze storiche, cui il nuovo statuto dell'Italia democratica deve soddisfare, è quella che: a) riconosca la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali, ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella; b) riconosca ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda, mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari, territoriali, professionali, religiose, ecc.), e quindi per tutto ciò affermi l'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato». La proposta di Dossetti suscitò un vivace dibattito nella sottocommissione; il presidente Tupini ritirò però dalla votazione la proposta medesima per non riacutizzare la discussione su un argomento evidentemente ritenuto assai spinoso<sup>7</sup>.

Questo problema dei rapporti tra poteri pubblici e diritti della persona umana assume tuttora una grande importanza: il dibattito sollevato dalla proposta di Dossetti è stato ripreso nella commissione bicamerale per le riforme costituzionali, a proposito dell'approvazione della formula contenuta nell'art. 56 del progetto di riforma della Costituzione del 4 novembre 1997<sup>8</sup>. È noto che la questione dei rapporti tra ruolo dei soggetti pubblici e privati nell'esercizio delle funzioni pubbliche ha rappresentato uno dei problemi sui quali si sono incontrate maggiori difficoltà durante i lavori della commissione bicamerale che ha lavorato nel 1997 e nel 1998, prima che ancora una volta fallisse, nel giugno 1998, il progetto di conseguire il risultato di una riforma costituzionale. Il testo approvato il 30 giugno 1997 era il seguente: «Le funzioni che non possono essere più adeguatamente svolte dalla autonomia dei privati sono ripartite tra le Comunità locali, organizzate in Comuni e Province, le Regioni e lo Stato, in base al principio di sussidiarietà e di differenziazione, nel rispetto delle autonomie funzionali, riconosciute dalla legge. La titolarità delle funzioni

<sup>7</sup> V. sul punto il volume G. DOSSETTI, *La ricerca costituente (1945-1952)*, a cura di A. MELLONI, Bologna, il Mulino, 1994, spec. 101-6.

<sup>8</sup> Cfr. in proposito L. ELIA, *La persona prima dello Stato*, in *Il Popolo*, 19 settembre 1997, 1; G. DALLA TORRE, *Un pieno di sussidiarietà*, in *Avvenire*, 26 settembre 1997, 1.

spetta agli enti più vicini agli interessi dei cittadini, secondo il criterio di omogeneità e di adeguatezza delle strutture organizzative rispetto alle funzioni medesime». Questo testo aveva suscitato le critiche di quanti avevano osservato che con l'approvazione di tale disposizione si sarebbe determinato un completo ribaltamento delle priorità stabilite nella prima parte della Costituzione, nella quale il compito di esercitare le funzioni pubbliche viene attribuito ai soggetti pubblici. Di fronte ai rischi di una implicita funzionalizzazione delle attività dei privati ai fini pubblici, nel periodo successivo all'approvazione del primo testo sono state proposte alcune formulazioni alternative. In alcune proposte si è ipotizzato di dichiarare la sfera di autonomia dei privati, al fine di soddisfare l'esigenza di rispetto di tale sfera; in altre si è ritenuto di collegare il principio alla tutela dell'autonomia dei privati e delle formazioni sociali, in maggiore coerenza con il principio contenuto nell'art. 2 cost., nel quale è previsto l'impegno della Repubblica di riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità.

Il testo approvato il 4 novembre 1997 era il seguente: «Nel rispetto delle attività che possono essere adeguatamente svolte dall'autonomia iniziativa dei cittadini, anche attraverso le formazioni sociali, le funzioni pubbliche sono attribuite a Comuni, Province, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà e di differenziazione. La titolarità delle funzioni compete rispettivamente ai Comuni, alle Province, alle Regioni e allo Stato, secondo i criteri di omogeneità e adeguatezza. La legge garantisce le autonomie funzionali»<sup>9</sup>.

Il tema dei rapporti tra soggetti pubblici e soggetti privati costituisce un problema di grande complessità ed ampiezza, che non può essere qui adeguatamente considerato e che riguarda la presenza del privato nell'esercizio dei compiti tradizionalmente ritenuti di competenza dei soggetti pubblici: è importante ricordare che, con la riforma del titolo V della Costituzione, approvata con legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, l'art. 118, comma 4, cost. prevede che «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di

---

<sup>9</sup> Questo testo aveva poi subito una lieve modifica a seguito dell'approvazione degli emendamenti votati dall'Assemblea, che aveva inserito l'aggiunta «o Città metropolitane» dopo la parola, ripetuta per due volte, «Province».

attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»: una disposizione di grande rilievo costituzionale che apre prospettive di notevole interesse per la tutela degli interessi dei cittadini, singoli e associati.

La questione dei rapporti tra pubblico e privato nella disciplina giuridica dei problemi della società è un tema che ritorna a proposito di qualunque argomento del diritto. L'esigenza di impostare lo studio del diritto nella prospettiva della tutela della persona umana, dell'individuo concreto<sup>10</sup> e dei suoi interessi assume una particolare importanza nello studio di tutte le discipline giuridiche che si propongono di valutare l'esperienza giuridica secondo la qualità degli interessi garantiti a tutela della dignità dei singoli soggetti, considerati come individui e come componenti dei gruppi sociali che agiscono nella società<sup>11</sup>.

Utili riferimenti per una considerazione della tutela della dignità dell'uomo e dei suoi diritti e interessi si rinvengono sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, il cui art. 1 prevede che la dignità umana è inviolabile e che essa deve essere rispettata e tutelata, sia nella Costituzione europea firmata a Roma il 29 novembre 2004.

Un notevole progresso, sia sul piano legislativo che su quello dei comportamenti concreti, si è indubbiamente verificato e occorre prenderne buona nota. Ma ancora molto lunga è certamente la strada

---

<sup>10</sup> «L'individuo concreto, come portatore di bisogni, è il principio della società civile», ha scritto N. IRTI, *La società civile. Elementi per un'analisi di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1992, 95. Contro la teoria del diritto "in chiave statale", cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, ESI, 1972; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, ESI, 1984.

<sup>11</sup> Per una considerazione generale dei problemi riguardanti la tutela della personalità umana, problema al quale Adriano De Cupis ha dedicato moltissimi e importanti contributi, cfr., tra i tanti, W. CESARINI SFORZA, *Valutazioni morali e giuridiche nella crisi dell'etica individuale*, in *Studi senesi*, 1950, 178 ss.; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, 355 ss.; N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984; A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, Laterza, 1988; A. ORSI BATTAGLINI, "L'astratta e infeconda idea". *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *Quad. fiorentini*, XVII, Milano, Giuffrè, 1988; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica dir.*, 1991, 343 ss.; N. LIPARI, *Diritto e valori sociali*, cit.

verso una società di donne e di uomini veramente uguali davanti alla legge e capaci di sviluppare adeguatamente la loro personalità nei rapporti della vita quotidiana<sup>12</sup>.

3. Un argomento a proposito del quale negli ultimi anni si sono avute importanti novità, nella prospettiva di una sempre maggiore tutela degli interessi dei cittadini, è quello riguardante il superamento della tradizionale resistenza della dottrina e della giurisprudenza alla risarcibilità degli interessi legittimi.

È ormai da molto tempo che la dottrina di diritto processuale e di diritto amministrativo ha affrontato il problema della risarcibilità del danno patrimoniale causato ai soggetti privati dalla lesione di interessi legittimi, a seguito dell'emanazione da parte della pubblica amministrazione di atti o provvedimenti amministrativi illegittimi. Il problema è nato a causa di una sorta di "peccato originale" che l'interesse legittimo si è portato appresso, e cioè a causa della scelta ideologica posta alla base della nascita della giurisdizione amministrativa, a seguito della istituzione, nel 1889, della quarta sezione del Consiglio di Stato<sup>13</sup>, e del "concordato giurisprudenziale", meglio definibile come concordato "presidenziale", che – secondo la tradizione – sarebbe intervenuto nel 1929 tra Mariano D'Amelio e Santi Romano, vertici rispettivamente della magistratura ordinaria e di quella amministrativa: una scelta ideologica in base alla quale il riparto tra le due giurisdizioni venne operato in base alla lesione della situazione soggettiva tutelata (interesse, poi qualificato legittimo, o diritto soggettivo) e non in base al criterio della materia oggetto della controversia.

---

<sup>12</sup> Per interessanti considerazioni sulla difficoltà crescente di integrazione delle società complesse e sul tendenziale declino della cultura e della tradizione civica, cfr. L. SCIOLLA, *Come si può costruire un cittadino*, in *Milino*, 1999, 601 ss.; ID., *Coesione sociale, cultura civica, società complesse*, *ivi*, 2000, 1-10, spec. 5 ss.

<sup>13</sup> Cfr. V. SCALOJA, *Sulla funzione della IV sez. del Consiglio di Stato per l'art. 24 della legge 2 giugno 1889*, in *Giust. amm.*, 1901, IV, 61 ss.; L. MORTARA, *La giustizia ordinaria e la giurisdizione amministrativa per il sindacato di legittimità degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, I, 389 ss., spec. 403; V. CERULLI IRELLI (1978) *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premessa allo studio del sistema vigente*, Pescara, Italica, 1979; F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri del riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 1989, 549 ss.

Questa nuova situazione soggettiva – definita *interesse legittimo* – era indubbiamente anomala in quanto tutelabile di fronte a un collegio – la quarta sezione del Consiglio di Stato – di cui in origine era addirittura dubbia la natura giurisdizionale (da qui la denominazione neutra di *decisioni* e non di *sentenze* attribuita alle pronunce delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato), nonché azionabile entro un breve termine di *decadenza*, anziché nell’usuale lungo termine di *prescrizione*; inevitabile fu il suo raffronto con la situazione di diritto soggettivo sulla cui millenaria esperienza si erano formate l’ideologia e la mentalità giuridica e che vantava una capacità di tutela (almeno apparentemente) più sviluppata.

Il risultato del raffronto fu che la giurisprudenza, allora di formazione eminentemente civilista, ne decretò l’irrisarcibilità nel caso di lesione. Paradossalmente se la nuova situazione soggettiva fosse stata definita, anziché con l’espressione *interesse legittimo*, con quella di *diritto soggettivo pubblico* (come avviene in Germania), probabilmente il problema dell’irrisarcibilità non sarebbe neppure sorto.

Molte sono le ragioni addotte, per negare la risarcibilità degli interessi legittimi, dalla giurisprudenza e da una parte della dottrina, che per un lunghissimo periodo hanno negato una possibile soluzione positiva al quesito riguardante l’ammissibilità di risarcimento. In particolare: la *natura dell’interesse legittimo*, non ritenuta meritevole di tutela risarcitoria; il sistema dell’*illecito civile*, tradizionalmente collegato al concetto di diritto soggettivo; il presupposto del *riparto delle giurisdizioni civile e amministrativa*, per cui il giudice ordinario, che dovrebbe concedere il risarcimento, non può giudicare in materia di interessi legittimi. Questi sono alcuni tra i motivi adottati in giurisprudenza (in proposito è da ricordare l’indirizzo, per un lunghissimo periodo pressoché costante, della Corte di cassazione).

D’altra parte occorre ricordare la tendenza della giurisprudenza e della dottrina in materia civile, favorevole ad ampliare il concetto di responsabilità civile, mediante la dilatazione dell’area ristorabile, in regime di atipicità dell’illecito. In proposito si è riconosciuto il diritto al risarcimento del danno del creditore di chi abbia perduto la vita in conseguenza di un fatto illecito altrui (il caso Meroni, calciatore per il quale il diritto al risarcimento venne riconosciuto alla società di appartenenza, il “Torino”). E l’ammissibilità di responsabilità della pubblica amministrazione per attività svolte incautamente è stata

sostenuta in relazione a danni derivanti da lesione di diritto affievolito o di diritti in attesa di espansione. Il Consiglio di Stato sin dal 1960 aveva affermato che la non risarcibilità di interessi legittimi era tutt'altro che pacifica, in quanto «il nostro sistema di giustizia amministrativa sarebbe monco, se l'annullamento in sede giurisdizionale amministrativa, non portasse in sede civile al risarcimento dei danni prodotti»<sup>14</sup>.

*Pietrificata* venne definita da Mario Nigro la giurisprudenza, soprattutto del giudice ordinario, favorevole a escludere il risarcimento dei danni derivati da lesione di interessi legittimi<sup>15</sup>. Uniche pronunce favorevoli erano quelle sugli interessi legittimi correlati a diritti soggettivi. Secondo un principio più volte affermato in giurisprudenza «quando il privato è titolare nei confronti della pubblica amministrazione esclusivamente di un interesse legittimo la tutela giurisdizionale di detto interesse si esaurisce nella pronuncia di annullamento dell'atto stesso da parte del giudice amministrativo»<sup>16</sup>.

La questione relativa alla risarcibilità dell'interesse legittimo deve essere esaminata oggi alla luce delle importanti novità intervenute a seguito dell'approvazione del d.lgs. n. 80 del 1998, che all'art. 35 rende ammissibile il risarcimento dei danni nelle materie devolute dall'art. 33 alla giurisdizione del giudice amministrativo, e dell'emanazione delle due sentenze della Corte di Cassazione a sezioni unite n. 500 del 1999 e della Corte costituzionale n. 204 del 2004.

L'art. 11 della legge n. 59 del 1997, aveva conferito al governo un'ampia delega legislativa per la riforma dell'amministrazione pubblica, prevedendo che i decreti legislativi dovessero devolvere al giudice ordinario tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, prevedendo, oltre ad altre misure organizzative e processuali, la contestuale estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno in materia edilizia, urbanistica

---

<sup>14</sup> Cons. Stato., sez. V, 27 settembre 1960, n. 677, in *Foro amm.*, 1960, I, 870.

<sup>15</sup> Introduzione al convegno su *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Foro amm.*, 1982, I, 1671 ss.

<sup>16</sup> Cass. 15 aprile 1958, n. 1217, in *Foro it.*, 1958, I, 677.

e di servizi pubblici. La delega è stata attuata nel d.lgs. n. 80 del 1998, che all'art. 35, prevede l'introduzione nel nostro ordinamento giuridico del principio della risarcibilità degli interessi legittimi. Il legislatore delegato ha volutamente optato per una formula generale quale quella del *danno ingiusto*, con la quale ha attribuito ai giudici amministrativi il compito di estendere la risarcibilità oltre i confini del diritto soggettivo; la scelta del legislatore è stata nel senso della *risarcibilità* e non della *indennizzabilità* del danno ingiusto prodotto dalla pubblica amministrazione.

Un'importante "svolta" a proposito della questione della risarcibilità degli interessi legittimi è stata determinata dalla sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione n. 500 del 1999, alla quale la dottrina ha subito attribuito grande rilievo discutendo le conseguenze derivanti dall'affermazione di un principio assai innovativo rispetto al passato. Premesso che la novità della sentenza n. 500 del 1999 deve essere esaminata con riferimento alla disciplina vigente anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 80 del 1998 (la cui disciplina è entrata in vigore a partire dall'1° luglio 1998), occorre ricordare che la sentenza medesima era stata in qualche maniera anticipata da una sentenza della stessa Cassazione di qualche anno prima<sup>17</sup>, nella quale era stata sottolineata l'ormai acquisita consapevolezza della «inadeguatezza dell'indirizzo interpretativo che individua il danno ingiusto, risarcibile *ex art. 2043 c.c.*, inteso come danno *contra ius*, in relazione alla violazione della situazione formale incisa con conseguente ammissione dei diritti soggettivi ed esclusione invece degli interessi legittimi dall'area della tutela risarcitoria».

In tale occasione la Corte prospettò la possibilità di un'interpretazione adeguatrice dello stesso art. 2043 che, in accordo con la clausola generale di responsabilità e con il principio costituzionale di solidarietà, ancorasse il risarcimento alle «conseguenze sfavorevoli che comunque si realizzino nel patrimonio del soggetto leso, in conseguenza di un comportamento *non iure* (di una condotta, cioè o dell'adozione di un atto) in contrasto con una norma giuridica, anche di azione oltreché di relazione»: queste affermazioni rilevarono un

---

<sup>17</sup> Cass. n. 4083 del 1996, in *Danno e responsabilità*, I, 59 ss. con nota di A. PALMIERI, *Lesione degli interessi legittimi: la Cassazione alle soglie di una svolta epocale*.

«disagio interno della Corte di Cassazione a fronte della perdurante riaffermazione del principio negativo»<sup>18</sup>. In un altro commento dedicato alla sentenza era stato posto in rilievo che i giudici avevano in tale circostanza espresso un «monito forte e chiaro», che avrebbe potuto segnare “una svolta epocale” nell’interpretazione dell’art. 2043 c.c., un monito che assumeva il significato di un «messaggio nella bottiglia»<sup>19</sup>.

A distanza di qualche anno, questo monito è stato accolto dalla sentenza con la quale la Corte di cassazione, a sezioni unite, nell’affermare che la pubblica amministrazione è «[...] un’isola di immunità e di privilegio che male si concilia con le più elementari esigenze di giustizia», ha definitivamente superato ogni remora al riguardo<sup>20</sup>. Nella giurisprudenza tradizionalmente seguita in precedenza si sosteneva che la responsabilità e la pretesa risarcitoria nascessero quando il danno fosse stato contestualmente *contra ius* (e cioè lesivo di un diritto soggettivo assoluto) e *non iure* (derivante da un comportamento non altrimenti giustificabile da altre norme).

In sintesi può dirsi che la sentenza n. 500 del 1999 ha abbandonato la tradizionale, restrittiva interpretazione dell’art. 2043 c.c., che identificava il danno ingiusto con la lesione di un diritto soggettivo e considerava dunque risarcibili i soli diritti soggettivi: secondo tale interpretazione, nei casi di lesioni di interessi legittimi, occorreva chiedere e ottenere l’annullamento dell’atto amministrativo. La più recente interpretazione ha consentito invece al cittadino di rivolgersi

---

<sup>18</sup> C. MARZUOLI, *Le responsabilità pubbliche*, in *Materiali del diritto amministrativo*, a cura di D. SORACE, II ed., Padova, Cedam, 1998, 341 ss.

<sup>19</sup> A. PALMIERI, *Lesione degli interessi legittimi*, cit., 59.

<sup>20</sup> La sentenza della Cass. sez. un. 22 luglio 1999, n. 500 S/U è pubblicata in *Foro it.*, 1999, I, 2487 ss., con nota di PALMIERI e PARDOLESI: essa ha stabilito che «l’azione di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c. nei confronti della pubblica amministrazione per esercizio illegittimo della funzione pubblica bene è proposta davanti al giudice ordinario, quale giudice al quale spetta, in linea di principio (secondo il precedente ordinamento), la competenza giurisdizionale a conoscere di questioni di diritto soggettivo, poiché tale natura esibisce il diritto al risarcimento del danno, che è diritto distinto dalla posizione giuridica soggettiva la cui lesione è fonte di danno ingiusto (che può avere, indifferentemente, natura di diritto soggettivo, di interesse legittimo, nelle sue varie configurazioni correlate alle diverse forme della protezione, o di interesse comunque rilevante per l’ordinamento».

direttamente al giudice ordinario per ottenere il risarcimento del danno, senza il previo annullamento dell'atto da parte del giudice amministrativo<sup>21</sup>.

Per quanto infine riguarda la sentenza costituzionale n. 204 del 2004, si deve ricordare che la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del nuovo sistema di riparto di giurisdizione, per blocchi di materie, creato con l'ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per effetto degli artt. 33 e 34 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come riformulati dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205. Prima della sentenza n. 204, la Corte aveva indotto a ritenere che il legislatore ordinario fosse sostanzialmente "libero" di ripartire le varie controversie tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo<sup>22</sup>; con la sentenza n. 204 del 2004<sup>23</sup> la Corte, nel dichiarare la illegittimità costituzionale di alcune disposizioni contenute nella l. n. 205 del 2000, afferma che la Costituzione «ha recepito il nucleo dei principi in materia di giustizia amministrativa quali evolutisi a partire dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865» e dunque il riparto delle giurisdizioni del giudice ordinario e del giudice amministrativo fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi; che è certamente ammissibile un'eventuale revisione delle disposizioni costituzionali che prevedono il criterio di tale riparto, ma deve d'altra parte escludersi che dalla Costituzione non si desumano i confini entro i quali il legislatore "ordinario" deve contenere i suoi interventi volti a distribuire le funzioni tra i due ordini di giudici; con specifico riferimento alla questione della risarcibilità degli interessi legittimi, che è l'aspetto della sentenza che interessa in questa sede, la Corte ha affermato che

---

<sup>21</sup> Per una più ampia considerazione della sentenza cfr. S. LARICCIA, *Diritto amministrativo*, cit., 351 ss. e ivi la bibliografia citata.

<sup>22</sup> Cfr. le sentenze n. 47 del 1976, in questa *Rivista*, 1976, I, 362 ss., 43 del 1977, *ivi*, 1977, I, 159 ss., 140 del 1980, *ivi*, 1980, I, 1161 ss., 62 del 1996, *ivi*, 1996, 623 ss., 275 del 2001, *ivi*, 2001, 2306 ss., con nota di P. CHIRULLI, *Incarichi dirigenziali e giurisdizione: una decisione prudentemente "minimalista"*, 2315 ss. e le ordinanze n. 414 del 2001, *ivi*, 2001, 3967 ss., 161 del 2002, *ivi*, 2002, 1367 ss. e 439 del 2002, *ivi*, 3609 ss.

<sup>23</sup> Per un commento alla sentenza può vedersi S. LARICCIA, *Limiti costituzionali alla "discrezionalità" del legislatore ordinario nella disciplina della giustizia amministrativa*, in *Giur. cost.*, 2004, 2220-29.

il potere riconosciuto al giudice amministrativo – dall'art. 7 l. n. 205 del 2000, nella parte in cui (lett. c) sostituisce l'art. 35 d.lgs. n. 80 del 1998 – di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo un a nuova «materia» attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

La decisione sulla legittimità costituzionale della ulteriore forma di tutela della giustizia amministrativa italiana, rappresentata dall'attribuzione al giudice amministrativo del potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto, costituisce un notevole vantaggio, per la tutela dei cittadini, rispetto alla situazione legislativa e giurisprudenziale che si era determinata con l'affermarsi del consolidato principio di irrisarcibilità degli interessi legittimi. Occorre tuttavia ricordare che, dopo più di cinquant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, ci si trova rispetto al 1948 in un contesto profondamente modificato, in cui «la stessa distinzione tra interesse e diritto, sottoposta a un'infinita serie di riformulazioni, lascia ormai scettica buona parte della dottrina»<sup>24</sup>.

La consapevolezza di quanto poco valga oggi la stessa distinzione tra interesse e diritto, assunta come fondamento del riparto delle giurisdizioni tra le due magistrature chiamate a giudicare l'amministrazione, dovrebbe a mio avviso portare a superare tale criterio del riparto ma a tal fine è necessaria la revisione delle disposizioni costituzionali che lo recepiscono.

All'assemblea costituente Piero Calamandrei, che era uno dei tre relatori delle disposizioni relative alla giustizia, propose la soluzione di una giurisdizione unica: proposta che non fu poi accolta, anche se le obiezioni furono soprattutto fondate sull'argomento che il Consiglio di Stato e la Corte dei conti avevano reso un buon servizio e meritavano dunque un apprezzamento per il ruolo svolto. A me pare che, dopo la sentenza della Corte costituzionale sul problema del riparto delle giurisdizioni, vi siano ancora più fondati motivi per procedere speditamente verso un superamento, previa modifica delle disposizioni

---

<sup>24</sup> Cfr. B. SASSANI, *La giurisdizione esclusiva*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, tomo V, *Il processo amministrativo*, II ed., Milano, 2003, 4279 ss., spec. 4673.

costituzionali che la prevedono, di una distinzione, quella di tutela degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi, che è prevista nella Costituzione e vincola il potere del legislatore ordinario nella disciplina della giustizia amministrativa ma non ha più una sua giustificazione e merita dunque di essere abbandonata; ritengo anche che la soluzione migliore per risolvere il problema del riparto delle giurisdizioni sia quella di prevedere un giudice unico e che tale giudice sia il giudice ordinario, nei confronti del quale è maggiormente garantita l'indipendenza nei confronti del potere esecutivo.

4. A conclusione del suo ultimo libro, Riccardo Orestano scriveva queste parole, che esprimono con efficacia la fiducia che si deve riporre nei confronti dei più giovani studiosi del diritto: «è solo con invidia che si può pensare alle esplorazioni e alle realizzazioni delle nuove generazioni che oggi si affacciano agli studi giuridici [...] a salvaguardia della dignità dell'uomo, di ogni uomo, nella sua inalienabile, incalpestabile [...] sacra individualità»<sup>25</sup>.

All'augurio nei confronti dei più giovani studiosi del diritto è giusto associare il sentimento di gratitudine per i giuristi che, come Adriano De Cupis, hanno svolto, in una vita lunga e operosa, un impegno appassionato nella ricerca scientifica e nell'attività al servizio degli studenti e degli allievi: grazie, caro Adriano.

---

<sup>25</sup> R. ORESTANO, *Edificazione del giuridico*, Bologna, il Mulino, 1989, 336.

*Meglio la Costituzione che una legge dello Stato a garanzia dell'uguaglianza e della libertà in materia religiosa\**

Si continua a parlare dell'intento di una parte delle forze politiche di approvare una legge sulla libertà religiosa in Italia: come è noto, è da molto tempo in attesa di approvazione un progetto di legge di iniziativa governativa presentato alla camera dei deputati, XIV legislatura (n. 2531 del 18 marzo 2002), pubblicato nel secondo fascicolo dell'annata 2002 della rivista *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, pp. 593-603, con il titolo *Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi*. Il progetto di legge è composto di quarantadue articoli disciplinati in quattro capi: I. *Libertà di coscienza e di religione*; II. *Confessioni e associazioni religiose*; III. *Stipulazione di intese ai sensi dell'articolo 8 della costituzione*; IV. *Disposizioni finali e transitorie*. L'ultimo articolo (*Abrogazioni*) prevede che «Sono abrogati la legge 24 giugno 1929, n. 1159, ed il regio decreto 28 febbraio 1930, n. 289»: quest'ultima disposizione è di grande importanza ed urgenza, ma a mio avviso sarebbe opportuno che il legislatore rinunciassse al proposito di approvare le disposizioni contenute nei quarantuno articoli precedenti e si limitasse ad approvare una legge – breve, chiara e concisa – contenente esclusivamente l'abrogazione della c.d. legislazione sui culti ammessi degli anni 1929-1930.

Non è la prima volta che esprimo le mie perplessità sull'opportunità di perseguire l'obiettivo di una legge sulla libertà religiosa in Italia, una legge che, a mio avviso, risponde all'intento di ridurre l'estensione di alcune garanzie costituzionali e di estendere all'intera disciplina del fenomeno religioso quella “logica concordataria” che in Italia dal 1929 costituisce la regola dei rapporti tra stato e confessioni religiose e che, cosa ancora più grave, da più di vent'anni, e cioè dal 18 febbraio 1984, caratterizza l'ordinamento democratico in materia

---

\* In *Laicità*, 17, 2005, n. 1.

religiosa, costituendo, come ben sanno i lettori di questa *Rivista*, una pesante ipoteca sull'esercizio dei diritti di libertà e di uguaglianza nel nostro Paese.

Che l'abrogazione della legislazione fascista degli anni 1929-1930 costituisca un obiettivo degno di essere perseguito non giustifica l'approvazione di una legge che è più restrittiva, per l'esercizio dei diritti di libertà e di uguaglianza, rispetto alle disposizioni della carta costituzionale del 1948. Molte disposizioni del progetto di legge in attesa di approvazione – ricordo a titolo d'esempio quelle relative al riconoscimento della personalità giuridica, disciplinato negli artt. 16-19 del progetto, con la previsione di un riconoscimento di tipo amministrativo, anziché normativo – sono ancorate a regole e principi che caratterizzavano il sistema giuridico italiano negli anni anteriori all'entrata in vigore della costituzione italiana.

Come ho avuto occasione di scrivere in un mio libro del 1989 (*Coscienza e libertà. Profili costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Bologna, il Mulino, 1989, p. 154), accogliendo una proposta del caro amico prof. Giorgio Peyrot, la soluzione più opportuna è quella di approvare una legge avente il seguente tenore: «La legge 24 giugno 1929, n. 1159 sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e il regio decreto 28 febbraio 1930, n. 289 contenente norme per l'attuazione della predetta legge sono abrogati». 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.

## *Le radici laiche dell'Europa\**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Più radici culturali dell'identità europea. - 3. Cultura cristiana e cultura europea. Cristianesimo e laicismo nella formazione della cultura europea. Laicità e pensiero laico: prime indicazioni. - 4. Lo spirito critico europeo che viene dalla Grecia. Laicismo, confessionalismo, clericalismo, fondamentalismo. I fondamenti del pensiero laico: la ragionevolezza, l'antidogmatismo, la tolleranza, il dialogo. - 5. Il principio della tolleranza e del dialogo. - 6. Controllo delle coscienze e riconoscimento della libertà di coscienza. - 7. La democrazia pluralista. Il pluralismo religioso e culturale. Il pluralismo e la laicità degli stati e delle istituzioni civili. - 8. Il contributo del diritto. La regola dello stato di diritto. Dichiarazioni e carte dei diritti, convenzioni, costituzioni. Eguaglianza degli esseri umani, libertà, rispetto della ragione. Identità collettive e diritti degli individui. - 9. Conclusione.

1. *Premessa.* - Sempre più gravi sono i problemi politici, giuridici, sociali e morali che la dura realtà del nostro tempo, in un mondo malato di razzismo e sempre più dominato dalla paura, ci impone di affrontare nella concreta esperienza di ogni giorno. La paura che individui, popoli, culture e religioni esprimono nei confronti dell'altro e del diverso, dell'estraneo e dell'immigrato, lo scenario dello scontro di civiltà evocato da Samuel Huntington più di dieci anni fa e da Oriana Fallaci e da tanti altri dopo l'11 settembre del 2001 e il manifestarsi di opposti fanatismi e fondamentalismi uguali e contrari inducono terroristi e guerrafondai ad alimentarsi reciprocamente nel vano tentativo di distruggersi; sui piani contigui o paralleli, conflitti tra integralismi religiosi e integralismo laicista sono in corso di mutua radicalizzazione<sup>1</sup>.

È ben noto a chiunque svolga attività di ricerca che per comprendere un problema è necessario rifarne la storia e che, per ricercarne

---

\* In *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. PANUNZIO, Napoli, Jovene, 2005, pp. 247-66.

<sup>1</sup> M. BOVERO, *Mine antilaico. Percorsi fra le trappole e la metafisica culturalista*, in *laicità*, giugno 2004, n. 2, p. 2.

le possibili soluzioni, occorre soprattutto contare sulla forza della ragione e del dialogo, anziché sulle ragioni della forza e del terrore. Ed è sul fondamento degli argomenti della ragione che, dopo avere per tanti anni studiato il tema delle minoranze<sup>2</sup> e delle libertà di religione e verso la religione<sup>3</sup>, esprimo la convinzione che oggi costituirebbe un grossolano errore se ci convincessimo che la soluzione di ogni problema di convivenza di individui e di gruppi nella società possa consistere nel contrapporre la difesa delle radici di una o di poche religioni anziché nel perseguire l'obiettivo di una visione pluralistica delle collettività nell'Europa contemporanea.

Di fronte allo sconsolante panorama del mondo attuale rappresenta certamente un motivo di sorpresa che uno dei temi sui quali in Italia negli ultimi anni il dibattito è stato più vivace e polemico è stato quello riguardante la necessità o meno che nel preambolo della costituzione approvata il 19 giugno 2004 figurasse il richiamo – fortemente sostenuto dalla chiesa di Roma e da alcune confessioni evangeliche – alle radici cristiane – secondo alcuni giudaico-cristiane – dell'Europa. La convenzione europea aveva trovato un ragionevole compromesso sull'argomento, limitandosi soltanto a fare riferimento ai valori “culturali, religiosi ed umanistici dell'Europa”: dei 25 membri dell'Europa chiamati a pronunciarsi sul problema soltanto la Polonia e l'Italia avevano insistito nel ribadire fino alla votazione finale la necessità dell'inserimento delle radici cristiane; ai tempi di Aznar c'era anche la Spagna su questa posizione, che in seguito è mutata a seguito della politica del presidente Zapatero, dopo che il premier spagnolo aveva dichiarato che era giunta l'ora di «una svolta laica in cui nessuno impone le proprie credenze né nella scuola, né nella ricerca, né in alcun ambito della società».

---

<sup>2</sup> Può vedersi il mio scritto *Minoranze in Europa*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, V, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 762-74.

<sup>3</sup> Possono consultarsi, fra gli altri miei scritti sul tema, *Coscienza e libertà. Profili costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Bologna, il Mulino, 1989; *La libertà religiosa*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO, XII, *Libertà costituzionali e limiti amministrativi*, Padova, Cedam, 1989, pp. 227-41; *Art. 9*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU), a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI e G. RAIMONDI, Padova, Cedam, 2001, pp. 319-35, e *ivi* bibliografia citata.

Del resto, se davvero ci si fosse proposti di citare nel preambolo della costituzione europea tutte le 'radici' significative dell'Europa, si sarebbe dovuto fare un elenco molto lungo, nel quale, accanto alla radice giudaico-cristiana, avrebbero dovuto quanto meno figurare le idee di libertà e di uguaglianza della rivoluzione francese, l'eredità della scienza nata con Galileo, Keplero, Cartesio e Darwin, il principio di incompetenza degli stati in materia religiosa, le concezioni del pluralismo, della tolleranza e dello spirito di libera ricerca.

Non soltanto tuttavia ragioni di carattere pratico hanno indotto a ritenere che la sola inclusione delle radici cristiane avrebbe ingiustamente escluso aspetti altrettanto importanti che meritavano di essere menzionati, determinando così un grave squilibrio nella stessa immagine culturale del continente: vi era anche l'esigenza prioritaria di mantenere il principio di laicità, uno dei più apprezzabili aspetti della cultura europea rispetto alle culture che non sono ancora riuscite a separare i precetti divini dalle leggi umane.

Parlare delle radici laiche dell'Europa è un compito non facile perché mentre moltissimo si è scritto sulle radici religiose dell'identità europea, molto meno trattato è l'argomento delle "radici laiche" dell'Europa. Si tratta di un argomento che riguarda varie discipline: in particolare, la storia delle idee, delle istituzioni, delle costituzioni e del pensiero giuridico e filosofico, il diritto europeo e il diritto costituzionale comparato.

2. *Più radici culturali dell'identità europea.* - Una delle ragioni che inducono a valutare separatamente i due problemi ai quali ho ora accennato – radici "religiose" e radici "laiche" del continente europeo – consiste proprio nella insistenza con la quale si afferma spesso che si tratta in fondo di un'unica questione, giacché i valori fondanti dell'Europa sono quelli delle civiltà ellenica e romana, dell'ebraismo e del cristianesimo, senza i quali non vi sarebbero stati illuminismo, idealismo, marxismo, libertà ed eguaglianza<sup>4</sup>. Questa tesi dà per scontata una conclusione che appare tutt'altro che convincente: che cioè l'illuminismo, il laicismo, il pluralismo, le concezioni sui diritti di libertà e di eguaglianza affermatesi in Europa con la rivoluzione

---

<sup>4</sup> F. COSSIGA, *Il rischio dei due fondamentalismi*, in *la Repubblica*, 31 gennaio 2004.

francese e l'idea dello stato di diritto non sono altro che derivazioni dei valori fondanti che si sono sopra ricordati, e cioè dei principi della civiltà greco-romana e della concezione giudaico-cristiana.

È noto al contrario che, nel considerare i problemi della tutela dei diritti degli uomini e delle donne nella società contemporanea, occorre non perdere di vista le essenziali differenze che, al di là delle parole e dei termini usati, sussistono, talora in misura assai accentuata, fra le diverse concezioni della vita individuale e sociale e dei diritti inalienabili della persona umana. Per esempio, i diritti umani considerati nella concezione cattolica «palesano immediatamente una vertiginosa distanza rispetto ai diritti umani e civili nel senso rigoroso del termine, quello di *Amnesty International*, per intenderci, che è poi il senso storicamente affermato a partire dalla rivoluzione americana e da quella francese»<sup>5</sup>.

A proposito della formazione della cultura occidentale, credo che occorra partire da un'idea, sulla quale uno storico del valore di Jacques Le Goff ritorna spesso con chiarezza nei suoi studi: l'identità europea si è costituita per stratificazioni successive e su un lungo periodo<sup>6</sup>. È questa la ragione principale per la quale non può certo dirsi che vi siano chiarezza e omogeneità sul modo di guardare alle radici comuni e alla comune identità dell'Europa.

Il primo strato è stato quello della cultura greco-romana portatrice dell'idea di democrazia, dello spirito scientifico, del metodo critico e dell'importanza del diritto. Il secondo strato, che molti, tra i quali lo stesso Le Goff, giustamente considerano essenziale, è lo strato medievale, con la diffusione dei valori giudeo-cristiani, la combinazione di unità europea e diversità nazionali: è questo lo strato del metodo scolastico e universitario, della filosofia scolastica, della nascita delle città, dell'equilibrio tra ragione e fede<sup>7</sup>. Successivamente si sono sovrapposti lo strato scientifico dei secoli XVII e XVIII, lo strato dei Lumi del XVIII secolo, lo strato della rivoluzione francese, lo strato

---

<sup>5</sup> P. FLORES D'ARCAIS, *Il garofano e l'acqua santa*, in *MicroMega*, 1988, n. 3, pp. 203-20, spec. pp. 207-9.

<sup>6</sup> V. BORELLI, *Le mille radici d'Europa. Le Goff e Cacciari. Lo storico e il filosofo dibattono sull'identità del continente*, in *la repubblica*, 8 luglio 2004.

<sup>7</sup> Con riferimento all'età medievale cfr. il bel libro di J. LE GOFF, *Il cielo sceso in terra. Le radici medievali dell'Europa*, Roma-Bari, Laterza, 2004, e ivi la bibliografia citata.

del romanticismo e quello dei lunghi progressi della democrazia e dell'affermarsi dei diritti, a partire dal XIX secolo: l'*età dei diritti* come è stata definita da Norberto Bobbio<sup>8</sup>.

A proposito di ciascuno di questi "strati" occorrerebbe poi fare alcune necessarie precisazioni, al fine di non dimenticare molte importanti differenziazioni: così, quando si parla di civiltà greco-romana, occorre indagare – e lo ha fatto di recente con ammirevole lucidità Piero Bellini in un saggio su *Le radici culturali e religiose dell'identità europea*<sup>9</sup> – sui modi di realizzazione della congiunzione operativa fra due culture (fra due civiltà) distinte e tuttavia compiutamente compatibili. Giustamente Piero Bellini osserva che, se non si può certo dubitare che la visione individualistica dell'uomo è un portato culturale della modernità e non si può certo disconoscere il determinante apporto costruttivo dello spirito umanistico e rinascimentale, del giusnaturalismo, della filosofia dei Lumi, dei principi rivoluzionari dell'89 e dell'esperimento liberale, non appare tuttavia negabile che le radici profonde della scoperta della «unicità di ciascun uomo» vadano ricondotte alla speculazione filosofica più antica, già per sua parte giunta a teorizzare la superiore eccellenza dell'anima, concepita come un che di «strettamente individuale», di appartenente a «ciascun essere umano» proprio perché «essere umano»<sup>10</sup>.

3. *Cultura cristiana e cultura europea. Cristianesimo e laicismo nella formazione della cultura europea. Laicità e pensiero laico: prime indicazioni.* - Pur non essendo possibile affrontare in questa sede la valutazione dei principali problemi che hanno caratterizzato la storia del continente europeo nel corso di molti secoli, può dirsi che certamente il cristianesimo ha segnato la storia dell'Europa: nel bene e nel male, occorre dire, pensando ai massacri che, per secoli, guerre e persecuzioni religiose hanno provocato.

Un bravo collega, il prof. Bruno Luiselli, ha di recente pubblicato una impegnativa ricerca sul tema de *La formazione della cultura europea occidentale*. A conclusione della sua ricerca, Luiselli riba-

---

<sup>8</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.

<sup>9</sup> Il contributo di Piero Bellini è pubblicato in questo volume, *retro*, pp. 215-46.

<sup>10</sup> P. BELLINI, *Le radici culturali e religiose*, cit., in *loc. cit.*, pp. 219-20.

disce l'affermazione sulla centralità del cristianesimo nel processo di formazione dell'Europa ed osserva: « Senza il cristianesimo noi non avremmo questa Europa»<sup>11</sup>.

Non rappresenta certo una novità la tendenza a tradurre “cultura europea” in “cultura cristiana e a considerare elementi spuri e da respingere tutti quelli che contrastino con tale qualifica; all'opposto può considerarsi la tesi secondo la quale cultura europea è quella rinascimentale che sbocca nel liberalismo. L'uomo colto europeo è l'uomo liberale, tollerante, aperto a tutti i valori, l'uomo del dialogo, che ha convincimenti ma non dogmatismi, che ha una propria fede, non necessariamente religiosa, ma è rispettoso della diversa fede degli altri. «Che trova bello il mondo a condizione che accolga vari orientamenti, non uomini permeati tutti della stessa dottrina. Che respinge non solo l'idea di caste, ma quella di religioni o di culture nazionali, di tradizioni ed in genere di ricchezze spirituali buone per un popolo, non trasmissibili ad altri»<sup>12</sup>.

Che il cristianesimo abbia avuto un ruolo centrale nella formazione della cultura europea è un'affermazione ovvia e che non può essere seriamente contraddetta. E tuttavia un'importanza essenziale per la formazione della cultura europea deve certamente riconoscersi anche alle concezioni, definite con le espressioni di laicità e di laicismo, consistenti nella tendenza ad escludere l'influenza della religione dalla vita e dalle istituzioni civili e politiche. Avviato nel secolo quattordicesimo da parte dei sostenitori dell'indipendenza dell'impero dal papato (ricordo tra gli altri Guglielmo di Occam e Marsilio da Padova), il laicismo è stato uno dei motivi fondamentali del pensiero moderno: si ritrova nel giusnaturalismo, nell'illuminismo, nel liberalismo dell'800, nel *Kulturkampf* tedesco (la battaglia condotta negli anni 1871-'79 da Bismarck contro la chiesa cattolica e il partito cattolico del centro, consistente nella previsione di rigidi controlli statali sulle istituzioni educative e nelle misure di espulsione di vari ordini religiosi).

---

<sup>11</sup> B. LUISELLI, *La formazione della cultura europea occidentale*, Roma, Herder, 2004, spec. p. 582. Cfr. anche di recente F. PRINZ, *Da Costantino a Carlo Magno. La nascita dell'Europa*, Roma, Salerno, 2004.

<sup>12</sup> A. C. JEMOLO, *Cultura europea* (26 luglio 1955), in A. C. J., *Società civile e società religiosa. 1955-1958*, Torino, Einaudi, 1959, pp. 225-28, spec. p. 226.

Caratterizzato da un iniziale anticlericalismo, il laicismo si è sviluppato in forme più articolate e alcune sue tesi relative al principio di indipendenza dello stato in materia religiosa sono state assunte dal pensiero religioso contemporaneo. Costituisce un'importante conquista del pensiero laico l'affermazione che, se è certamente necessario che gli stati non interferiscano nelle scelte confessionali dei loro cittadini, è però anche necessario che le chiese non interferiscano nelle scelte (legislative, amministrative e giurisdizionali) degli stati: la laicità degli ordinamenti, la distinzione tra "peccato" e "reato", tra "norma morale" e norma giuridica, rappresentano la migliore difesa possibile anche per la garanzia delle libertà di religione e verso la religione<sup>13</sup>.

Certo l'espressione laicità è un'espressione dai mille sensi e significati e non ne esistono definizioni o acquisizioni *definitive*<sup>14</sup>, se si escludono i consueti riferimenti alla prassi del confronto e alla reciproca preliminare disposizione all'ascolto, al riconoscimento permanente delle differenze e alla finalità "inclusiva" dell'altro nel duplice contesto dell'eguaglianza e della diversità<sup>15</sup>.

Se con riferimento al concetto di laicità non vi sono certezze, considerando che, per l'uomo laico, il dubbio è la condizione naturale dell'uomo che non voglia rinunciare alla ragione, può ritenersi tuttavia che vi sia una forte condivisione nel considerare la ragionevolezza, l'antidogmatismo, la tolleranza e il dialogo come tratti essenziali

---

<sup>13</sup> D. CAPEZZONE, *Perché il Meeting ciellino ci impedisce un confronto sulla laicità dello Stato? Lettera aperta del segretario radicale*, in *La Stampa*, 27 agosto 2004, p. 24.

<sup>14</sup> Con particolare riferimento alla laicità della scuola può vedersi il mio *L'insegnamento della religione tra concordato e legislazione unilaterale dello stato*, in *Atti del convegno su "Società civile, scuola laica e insegnamento della religione"* (Roma, 17-19 novembre 1982), Brescia, Queriniana, 1983, pp. 43-78 e in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 1983, I, pp. 3-37. Su un piano più generale, *Laicità e politica nella vicenda dello Stato italiano contemporaneo*, in *Behemoth*, IX (1994), n. 16, pp. 75-84 e in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 12 (1995), I, p. 11 ss.; *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1994, I; *Esigenze di laicità della società italiana*, in E. MARZO e C. OCONE (eds.), *Manifesto laico*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 59-67.

<sup>15</sup> Cfr. il bell'intervento introduttivo di C. OTTINO al convegno su *Le sfide della laicità nella cultura e nella società contemporanea: problemi e prospettive* (Torino, 29 marzo 2004), pubblicato in *laicità*, giugno 2004, n. 2, pp. 1 e 4.

del pensiero laico, nel precisare che le garanzie della laicità sono soprattutto assicurate dai sistemi politico-giuridici che prevedono la democrazia e il pluralismo e nell'affermare che occorre guardare con diffidenza rispetto alle tesi che si propongono di privilegiare la posizione delle identità collettive rispetto ai singoli individui, attribuendo con disinvoltura divise etiche o, peggio, etico-entiche, a singoli individui, dei quali il pensiero laico deve invece sempre proporsi di promuovere l'emancipazione, di proteggere l'indipendenza morale, di garantire l'autonomia e di disciplinare la responsabilità<sup>16</sup>.

Abbiamo ora detto che i caratteri essenziali dello spirito laico possono ritenersi la ragionevolezza, l'antidogmatismo, la tolleranza e il dialogo, che la laicità trova soprattutto protezione nei sistemi che garantiscono la democrazia e il pluralismo religioso e culturale, che occorre guardare con diffidenza alle concezioni favorevoli a configurare posizioni e diritti di identità collettive rispetto alle garanzie riconosciute agli individui: vediamo ora di inquadrare alcuni temi e problemi, anche di carattere storico, che chiariscono meglio tali aspetti.

4. *Lo spirito critico europeo che viene dalla Grecia. Laicismo, confessionalismo, clericalismo, fondamentalismo. I fondamenti del pensiero laico: la ragionevolezza, l'antidogmatismo, la tolleranza, il dialogo.* - Dopo che per millenni gli uomini prima si erano fatti guidare dai loro impulsi e poi erano vissuti nel mito, accettando le consuetudini locali delle società in cui vivevano, in seguito, nell'antico popolo greco, emerse la volontà di dubitare di ogni impulso e di ogni consuetudine: a questa volontà i greci hanno dato il nome di *filosofia*, espressione che può considerarsi un sinonimo di spirito critico. È bene tenere presente che alla base della libertà, della democrazia, del rispetto del diritto e della dignità dell'uomo che la costituzione europea approvata nel 2004 dichiara di promuovere, c'è quello spirito critico, cioè la lotta contro le tirannidi che esigono la cieca accettazione dei loro comandi<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> M. BOVERO, *Mine antilaico...*, cit., in *loc. cit.*

<sup>17</sup> E. SEVERINO, *Lo spirito critico che viene dalla Grecia*, in *Corriere della sera*, 20 giugno 2004, p. 1.

Con il termine “laicismo” si indica l’atteggiamento di coloro che sostengono la necessità di escludere le dottrine religiose, e le istituzioni che se ne fanno interpreti<sup>18</sup>, dal funzionamento della cosa pubblica in ogni sua articolazione<sup>19</sup>.

Dal punto di vista storico il laicismo è nato nel contesto della storia politica dell’Europa occidentale ed ha assunto forme diverse a seconda delle varie configurazioni dei rapporti tra istituzioni statali ed ecclesiastiche; esso assume un diverso significato rispetto al fenomeno, assai importante nella storia e nella valutazione sociologica della società europea, della secolarizzazione<sup>20</sup>, intesa come processo di diminuita rilevanza della religione nella vita sociale e pertanto la vicenda storica del laicismo può essere analizzata in modo autonomo<sup>21</sup>.

Nel linguaggio politico contemporaneo, il laicismo si contrappone al confessionalismo, al clericalismo e al fondamentalismo, secondo i quali, con differenze e analogie nell’uso delle tre espressioni, le istituzioni politiche devono essere collegate al rispetto obbligatorio per tutti dei principi religiosi della chiesa dominante. Poco meno di cento anni fa, nel 1907, nel parlamento italiano un sacerdote, deputato radicale e fondatore della democrazia cristiana, don Romolo Murri, dichiarava: «Se essere anticlericale ha il senso pienamente negativo di essere contro il clericalismo, certo io sono anticlericale. Ma io sono agli antipodi degli anticlericali dell’estrema sinistra, poiché io sono anticlericale principalmente nel nome e per la tutela degli interessi religiosi»: parole, che sono state di recente ricordate<sup>22</sup> e che dimostrano quel che spesso si afferma a proposito della possibilità di riscontrare atteggiamenti di consapevole spirito laico anche in ambienti religiosi.

Una forma di dualismo è «la premessa storica allo sviluppo del

---

<sup>18</sup> Sulle varie forme di “organizzazione” degli interessi di natura religiosa e sulla loro “rappresentanza” nell’ordinamento giuridico italiano, può vedersi il mio volume *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano, Giuffrè, 1967.

<sup>19</sup> E. TORTAROLO, *Laicismo*, in *Enc. scienze sociali*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, V, pp. 156-62, spec. p. 156.

<sup>20</sup> Cfr. di recente le giuste osservazioni di C. MAGRIS, *Quando scompare il senso religioso. Le chiese si svuotano, le superstizioni incalzano*, in *Corr. della sera*, 12 giugno 2004, pp. 1 e 31.

<sup>21</sup> Cfr. giustamente in tal senso E. TORTAROLO, *op. ult. cit.*, p. 157.

<sup>22</sup> D. CAPEZZONE, *Perché il Meeting ciellino...*, cit., in *loc. cit.*

pensiero laico, che è impossibile immaginare in un contesto politico-religioso improntato al cesaropapismo o dominato dall'identità di Stato e Chiesa»<sup>23</sup>. È necessario ricordare che l'avvento dello stato moderno influì profondamente sull'originaria concezione unitaria del potere politico: la nozione stessa di *respublica christiana*, considerata quale unico punto di riferimento della potestà sovrana, anche se ripartita fra l'impero e la chiesa cattolica, venne meno con il riconoscimento dell'esistenza di una pluralità di stati sovrani e si affermarono il principio della parità degli stati e la regola della loro sovranità: è nel quadro di questa evoluzione che la chiesa cattolica, come è avvenuto per la maggior parte delle altre chiese, pur se tenacemente impegnata nella difesa del suo potere temporale, ha dovuto gradualmente limitare il suo campo d'azione alla sfera dei rapporti spirituali<sup>24</sup>.

Il pensiero e l'atteggiamento di quanti si professano laici riconoscono nella separazione tra la sfera pubblica della politica e la sfera privata della vita religiosa una condizione necessaria per la dignità dell'uomo e per il libero esplicarsi di tutte le sue capacità. Il laicismo deve dunque ritenersi un orientamento tendenzialmente individualista e razionalista, con un riferimento tuttavia più ampio e comprensivo rispetto a quello della tematica religiosa, potendosi esso ritenere una concezione della cultura e della vita civile basata sulla tolleranza delle credenze di tutti e sul rifiuto del dogmatismo in ogni settore della vita sociale.

5. *Il principio della tolleranza e del dialogo.* - Un elemento essenziale del pensiero laico è stato individuato nel principio della tolleranza, detto anche principio del dialogo, a proposito del quale Guido Calogero, uno dei maggiori studiosi della filosofia del dialogo, così si esprimeva nel 1960: «Si tratta non già di scoprire una religione o una filosofia universale al disopra 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

---

<sup>23</sup> E. TORTAROLO, *op. ult. cit.*, p. 157.

<sup>24</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, il Mulino, 2002, spec. pp. 124-5.

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»<sup>25</sup>.

Storicamente il principio di tolleranza nasce come reazione alle persecuzioni religiose e prepara gradualmente la separazione della sfera politico-statale dalla sfera religiosa e l'affermazione della libertà di coscienza e della libertà di pensiero. Il principio del dialogo si è venuto sempre più affermando nella filosofia contemporanea e, nelle più diverse situazioni di cultura e di pensiero, vale per qualsiasi coscienza rispettosa di sé e delle altre: vale, o dovrebbe comunque valere, anche per ogni cattolico consapevole che la convivenza civile comporta pure, come è ovvio, esigenze di coesistenza con i non cattolici e i non credenti.

È un principio, quello della tolleranza, le cui origini devono farsi risalire all'umanesimo del XVI secolo, che trova la sua massima espressione nel periodo dell'illuminismo del XVIII secolo e che diviene in seguito parte integrante del pensiero liberale<sup>26</sup>.

Occorre però tenere presente che assai spesso la chiesa cattolica tende a svuotare del suo contenuto la parola laicità, un obiettivo che risulta chiaro se si valutano molti documenti ecclesiastici che riguardano tale questione: a titolo d'esempio ricordo la nota dottrinale che, nel novembre 2002, la congregazione vaticana per la dottrina della fede ha rivolto ai politici italiani, nella quale si legge: «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», brano nel quale la chiara affermazione sull'esclusione della sfera morale dall'autonomia rispetto alla sfera civile e politica fa comprendere

---

<sup>25</sup> G. CALOGERO, *Tolleranza e indifferenza*, in *Quaderno laico*, Bari, Laterza, 1967, pp. 72-73, *ivi*, p. 72.

<sup>26</sup> Cfr. M. MANETTI, *Tolleranza*, in *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 460, che giustamente ricorda che alle origini la tolleranza non aveva un significato propriamente libertario, ma alludeva a una scelta di opportunità, compiuta dal sovrano in nome della pace sociale e che tale scelta si opponeva alla politica di repressioni dei dissenzienti, ma non riconosceva alcuna dignità al dissenso o all'eresia e aveva insomma il carattere di una concessione revocabile in ogni momento.

quali e quanti problemi si pongono sui rapporti tra morale civile e morale religiosa e tra società civile e società religiosa, per ricordare il titolo di un fortunato volume del 1959 di un grande storico e giurista, Arturo Carlo Jemolo<sup>27</sup>. Il punto di vista delle gerarchie cattoliche è che separazione della religione dalla politica non significa separazione fra la morale e la politica e che la chiesa cattolica è l'autorità divina, ultima e legittima, che definisce la verità in tema di moralità e che stabilisce ciò che è giusto in politica.

6. *Controllo delle coscienze e riconoscimento della libertà di coscienza.* - Nel giugno del 2004 il pontefice ha rinnovato il *mea culpa* per gli orrori dell'Inquisizione. Ribadendo i suoi precedenti interventi in occasione del giubileo, il papa ha chiesto perdono per lo «spettacolo di modi di pensare e di agire che erano vere forme di antitestimonianza e di scandalo». L'esperienza storica ha dimostrato che il problema della costrizione esercitata in materia di fede non si è limitato alle sue forme più evidenti: la tortura e la morte; per un lungo periodo ci sono state forme di violenza meno evidenti e più profonde, che si sono esercitate sistematicamente sulle coscienze, nel momento della confessione sacramentale. Prima in maniera sporadica, poi, a partire dal 1559 e per volontà di Paolo IV, in maniera sistematica e capillare, tutti i cristiani che si recarono a fare la confessione dei loro peccati furono interrogati preliminarmente su eventuali loro reati o semplici conoscenze di reati di eresia o letture di libri proibiti. E, se qualcosa emergeva, venivano rinviati al tribunale dell'inquisizione per fare formale denuncia o auto-denunziarsi. Come ha osservato Adriano Prosperi, tra i maggiori studiosi dei problemi dell'inquisizione, se la violenza della tortura o del patibolo spezzava i corpi, la violenza morale esercitata attraverso la subordinazione della confessione all'inquisizione spezzò le coscienze; e lo fece indiscriminatamente su tutta la popolazione in età di confessione.

Thomas Paine, nel 1791, sosteneva, in *The rights of men*, che la costituzione francese «aveva abolito la tolleranza, o rinunciato a essa, ma aveva fatto la stessa cosa con l'intolleranza e aveva stabilito un diritto universale di coscienza».

---

<sup>27</sup> Cfr. *Società civile e società religiosa*, cit.

Per un lungo periodo la sfera pubblica e la sfera privata rimasero così intrecciate che il potere pubblico e il potere ecclesiastico continuarono ad esercitare un intenso controllo delle coscienze individuali: era allora inimmaginabile una concezione che consentisse di porre il problema della libertà di coscienza. Infatti la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 aveva incluso la tolleranza entro la libertà di opinione, stabilendo all'art. 10 che «nessuno deve essere importunato per le sue opinioni, neppure per quelle religiose, purché la loro manifestazione non turbi l'ordine pubblico stabilito dalla legge»: è evidente che in tale disposizione traspariva una certa diffidenza per le opinioni religiose, che era invece assente dai documenti costituzionali americani<sup>28</sup>.

La libertà di coscienza, definibile come «la libertà per l'individuo di agire, nella propria condotta esterna, rilevante ai fini della regolamentazione normativa, in conformità ai dettami della propria coscienza»<sup>29</sup>, viene intesa non nel senso di un aspetto particolare del diritto di libertà religiosa, ma come libertà autonoma, più ampia della libertà religiosa e, in un certo senso, precedente tale libertà; la garanzia della libertà di coscienza riguarda l'esercizio di una libertà che deve essere idonea a ricomprendere ogni possibile atteggiamento dell'individuo imputabile alla sua coscienza e che assume un significato sul piano giuridico quando non si risolve nell'ambito della sfera meramente individuale<sup>30</sup>.

Il riconoscimento della libertà di coscienza significa che lo stato si impegna a non esercitare alcuna costrizione della coscienza individuale, ritenendosi unicamente ammissibili forme eventuali di limitazione che trovino il loro fondamento nelle disposizioni che le prevedono (v. per esempio, l'art. 9, comma 2 della convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950). I poteri pubblici non devono dunque proporsi di influenzare le decisioni di coscienza del singolo o di collegare ad esse privilegi o svantaggi. La corte costituzionale italiana ha riconosciuto il

---

<sup>28</sup> Cfr. sul punto C.A. VIANO, *Tolleranza*, in *Enc. delle scienze sociali*, VIII, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1988, pp. 626-36, spec. p. 626.

<sup>29</sup> F. MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 19 ss., spec. p. 32.

<sup>30</sup> S. LARICCIA, *Coscienza e libertà*, cit.; S. LARICCIA, A. TARDIOLA, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, III, Milano, Giuffrè, 1999, p. 815 ss.

diritto alla libera formazione della coscienza, senza influssi di natura familiare, ambientale, sociale o istituzionale, nelle sentenze nn. 203 del 1989, 13 del 1991, 149 del 1995, 334 del 1996, 329 del 1997.

7. *La democrazia pluralista. Il pluralismo religioso e culturale. Il pluralismo e la laicità degli stati e delle istituzioni civili.* - Nella maggior parte dei paesi d'Europa la nozione di tolleranza verso le idee e le credenze, non soltanto religiose, che costituisce uno degli aspetti essenziali del concetto di laicità, ha trovato la sua realizzazione nella garanzia del pluralismo, che può 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»<sup>31</sup>.

Perché il principio del pluralismo possa concretamente realizzarsi sul piano istituzionale, occorre la realizzazione di una complessiva unità nella tutela delle diversità: obiettivi al quale, nei regimi democratici, tendono i principi di eguaglianza e di solidarietà e le garanzie delle libertà di espressione e di manifestazione del pensiero.

Una considerazione particolare merita il tema della scuola al quale mi limito qui ad accennare. Soltanto una scuola veramente laica, che rispetti cioè tutte le fedi senza privilegiarne alcuna, è in grado di operare su un piano di parità e cioè con piena legittimità costituzionale.

Il pluralismo religioso e culturale, sulla cui importanza nel sistema costituzionale italiano possono leggersi le sentenze della corte costituzionale 12 aprile 1989, n. 203 e 14 gennaio 1991, n. 13, può realizzarsi soltanto se le istituzioni scolastiche rimangono imparziali di fronte al fenomeno religioso. L'imparzialità delle istituzioni scolastiche pubbliche di fronte al fenomeno religioso deve realizzarsi attraverso la mancata esposizione di simboli religiosi piuttosto che attraverso l'affissione di una pluralità di simboli, che – come si osservava giustamente nell'ordinanza emessa nel 2004 dal giudice Montanaro, di Ofena in Abruzzo – non potrebbe in concreto essere tendenzialmente esaustiva e comunque finirebbe per ledere la libertà religiosa negativa di coloro che non hanno alcun credo<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Cfr. M. MANETTI, *Tolleranza*, cit., in *loc. cit.* Sull'organizzazione e la rappresentanza degli interessi religiosi, cfr. S. LARICCIA, *La rappresentanza*, cit.

<sup>32</sup> Può vedersi sul punto il volume, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi*

Vi sono ancora due aspetti da considerare sul piano generale. Il primo riguarda la differenza tra il cosiddetto principio del pluralismo individuale, che in particolare si riferisce alla concreta possibilità per gli individui di operare liberamente all'interno delle formazioni organizzate all'interno della società.

Il secondo aspetto si collega all'insieme delle questioni poste dalla evoluzione multiculturale e multietnica delle società europee contemporanee, nelle quali tende ad accrescersi il rischio delle tendenze disgregative. In proposito la dottrina più recente tende a riaffermare la necessità di una più attenta realizzazione del principio di certezza del diritto, inteso in senso procedurale e sostanziale, come garanzia dei canoni minimali di regolazione dei modi della coesistenza civile; nonché l'impiego costante di un principio discorsivo, che caratterizza ormai la stessa democrazia, e che mira all'assunzione di opzioni accettabili dal maggior numero (idealmente, dalla totalità) dei soggetti interessati<sup>33</sup>.

8. *Il contributo del diritto. La regola dello stato di diritto. Dichiarazioni e carte dei diritti, convenzioni, costituzioni. Eguaglianza degli esseri umani, libertà, rispetto della ragione. Identità collettive e diritti degli individui.* - L'ideale laico comporta l'attuazione concreta dello stato di diritto<sup>34</sup> e quindi il perfezionamento della nostra democrazia<sup>35</sup>.

Le parole usate nelle norme giuridiche hanno un peso notevole perché la loro presenza, al di là delle intenzioni dei proponenti delle varie formule giuridiche, porta sempre a risultati concreti.

Si comprende infatti quali fossero le ragioni e i timori di coloro che, giustamente, hanno evitato di inserire nella costituzione europea il riconoscimento delle radici cristiane. 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

---

pubblici, Torino, Giappichelli, 2004 e *ivi* il mio scritto *Diritti di libertà in materia religiosa e principi di imparzialità e di laicità delle istituzioni civili: la parola alla Corte costituzionale*, pp. 181-88.

<sup>33</sup> F. RIMOLI, *Laicità*, in *Dizionario costituzionale*, cit., p. 343.

<sup>34</sup> R. BIN, *Lo stato di diritto*, Bologna, il Mulino, 2004.

<sup>35</sup> V. PEGNA, *Le sfide della laicità*, in *laicità*, cit., pp. 8-9.

di una norma, per esempio in materia di aborto o di matrimoni di omosessuali, contrastante con le aspettative di una chiesa cristiana sarebbero state ritenute una violazione della costituzione europea. Giustamente ha osservato Emanuele Severino che è un'affermazione dello spirito critico che l'Europa non abbia i suoi patti lateranensi<sup>36</sup>.

Può essere opportuno fare qui un sia pure rapido riferimento a un'esperienza costituzionale che assume importanza per quanti hanno a cuore l'esigenza della laicità e i diritti di libertà dei cittadini riguardanti i temi religiosi: le libertà di religione e verso la religione. L'ottavo paragrafo dei principi fondamentali della costituzione della repubblica romana del 1849 riguardava la questione delle garanzie da riconoscere al sommo pontefice e stabiliva in particolare che «Il Capo della Chiesa Cattolica avrà dalla Repubblica tutte le guarentigie necessarie per l'esercizio indipendente del potere spirituale». Questo principio, che era già stato formulato nel decreto fondamentale che istituiva la repubblica romana, conteneva una norma di particolare importanza sia per quel che diceva che per quel che non diceva, in quanto il testo approvato non comprendeva l'affermazione, contenuta invece nel progetto, «La religione cattolica è la religione dello Stato»: un principio che, introdotto nel 1848 nell'ordinamento italiano con l'art. 1 dello statuto albertino, e poi ribadito con l'art. 1 del trattato del laterano è rimasto come forma giuridica del nostro ordinamento fino a quando nel 1984 il legislatore concordatario, nel n. 1 del protocollo addizionale al concordato, ha precisato che «si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano»; soltanto con la sentenza n. 203 del 1989, la nostra corte costituzionale, con notevole ritardo rispetto all'entrata in vigore della costituzione repubblicana del 1948, ha affermato che il principio di laicità dello Stato è uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano<sup>37</sup>.

Con tale sentenza la corte ha inteso affermare la c.d. laicità positi-

---

<sup>36</sup> E. SEVERINO, *Lo spirito critico che viene dalla Grecia*, cit., in *loc. cit.*

<sup>37</sup> Il concetto di "principio supremo dell'ordinamento" è stato "coniato" dalla Corte costituzionale proprio in riferimento alla materia ecclesiastica nella sentenza n. 30 del 1971, in *Giur. cost.*, 16 (1971), p. 150 ss. Per una esposizione del mio pensiero al riguardo, rinvio a S. LARICCIA, *Laicità e politica nella vicenda dello stato italiano contemporaneo*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 12 (1995), I, p. 11 ss.

va, quella cioè della «non differenza dello stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione in regime di pluralismo confessionale e culturale» (cfr. il punto n. 4 del *considerato in diritto* della sentenza); essa non ha invece accolto quella concezione della laicità-neutralità, considerata «l'espressione più propria della laicità» da un giurista di accentuata sensibilità democratica come Costantino Mortati: una concezione che, al contrario di quella accolta dai nostri giudici costituzionali, comporta l'irrelevanza per lo stato dei rapporti derivanti dalle convinzioni religiose, nel senso di considerarli fatti privati da affidare esclusivamente alla coscienza dei credenti: tale concezione della laicità era ben espressa dalla formula del settimo principio fondamentale della costituzione della repubblica romana, nel quale si stabiliva che l'esercizio dei diritti privati e pubblici dei cittadini non avrebbe dovuto dipendere dalla loro credenza religiosa<sup>38</sup>. Ed è una concezione che, a distanza di tanti anni da allora, tarda ad affermarsi nel nostro paese, come dimostra l'esperienza di quanto in occasione del voto sulla legge in materia di fecondazione artificiale, è avvenuto alla camera dei deputati dove si è affacciato il dubbio che le esigenze di laicità della società italiana fossero maggiormente rispettate negli anni nei quali furono approvate leggi come quella sul divorzio e sull'interruzione della gravidanza. Ancora una volta ci si deve domandare se i cittadini non abbiano diritto a leggi che non impongono comportamenti o divieti ispirati a pur rispettabili principi religiosi ed etici, ma debbano garantire la libertà di tutti nella coesistenza di scelte e principi individuali.

Non è possibile analizzare qui la ricchezza del dibattito che si svolse nell'assemblea costituente della repubblica romana prima che venisse approvata la norma che omise qualunque riferimento al principio della religione cattolica, sia come religione del nuovo stato che come religione della maggioranza della popolazione di esso: un dibattito per il quale rinvio all'accurata analisi degli autori che hanno affrontato espressamente tale aspetto della costituzione romana<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1976.

<sup>39</sup> Tra gli scritti più recenti v. M. FERRI, *Costituente e Costituzione della Repubblica romana del 1849*, in *Dir. e società*, 1989, pp. 1-52, spec. p. 24 ss. Può anche vedersi il mio scritto *La Costituzionale della Repubblica romana del 1849*, in *Giur. cost.*, 44 (1999), n. 1, pp. 453-82 e *ivi* la bibliografia citata.

Per quanto riguarda le costituzioni d'Europa, è necessario ricordare che, a differenza di altre costituzioni, come per esempio quella francese del 1958 che, all'art. 2, afferma esplicitamente il principio di laicità come elemento fondante dello stato, tale principio non è espressamente contemplato nella costituzione italiana del 1948; così come del resto non è previsto nelle altre costituzioni europee: eppure il principio di laicità, soprattutto se inteso nella sua accezione originaria come separazione della sfera dello stato da quella propria della chiesa dominante in una società o dalle chiese operanti in un determinato sistema giuridico e politico, può essere dedotto dal sistema di democrazia pluralista vigente in molte delle costituzioni europee. Lo stesso può dirsi per la convenzione europea dei diritti dell'uomo sottoscritta a Roma nel 1950, per la carta dei diritti approvata a Nizza il 15 dicembre 2000 e per la costituzione europea del 19 giugno 2004: testi costituzionali che non prevedono espressamente il principio di laicità e che tuttavia fanno riferimento a regole e principi dai quali si può dedurre la pratica applicazione dei valori di laicità dei quali mi sono occupato in questo mio scritto.

I principi delle libertà di pensiero e di coscienza, e le disposizioni che contemplano l'uguaglianza e la libertà dei cittadini e le esigenze di rispetto della ragione dello stato di diritto assicurato nell'unione europea, consentono di parlare di un patrimonio costituzionale comune che rappresenta la migliore garanzia per assicurare lo stesso principio di laicità, che può oggi essere inteso come principio generale degli ordinamenti e si riferisce a un modello di neutralità attiva dello stato laico che «impone a quest'ultimo, non solo in campo religioso, di favorire l'espressione di tutte le possibilità 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. Lo Stato laico deve cioè essere concepito come il luogo di confronto e di dialogo della totalità delle idee e delle culture, come arena di inclusione in cui un potere limitativo sia esercitabile per prevenire il conflitto violento, o l'emarginazione coatta di alcuna delle parti in gioco»<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> F. RIMOLI, *Laicità*, in *Dizionario costituzionale*, cit., pp. 269-70.

9. *Conclusioni.* - Pluralismo religioso e culturale, libertà di coscienza e di religione per tutti, eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, eguale libertà delle confessioni religiose, imparzialità dei poteri pubblici di fronte al fenomeno religioso, laicità delle istituzioni civili: sono questi i principi sui quali è fondata la speranza che possano realizzarsi in Europa le condizioni per una piena laicità.

Non mancano le difficoltà e i dubbi per il futuro, soprattutto se si considera che nella costituzione europea, pur non figurando alcun richiamo alle radici cristiane, è tuttavia prevista una disposizione, quella dell'art. 52, n. 1, che, stabilendo che «L'Unione rispetta e non pregiudica lo *status* previsto nelle legislazioni nazionali per le chiese e le associazioni o comunità religiose degli Stati membri», sostanzialmente ribadisce anche i regimi concordatari vigenti in alcuni sistemi giuridici dell'Europa.

E tuttavia l'opinione che, in conclusione, vorrei qui esprimere riguarda la fiducia che si può riporre in un sistema, come quello europeo, che stabilisce la supremazia del diritto: senza il diritto non c'è libertà ma arbitrio; e sempre più si afferma l'esigenza che le costituzioni, quella europea non meno di quelle dei singoli stati d'Europa, con le loro disposizioni, i loro principi consolidati e i loro valori, siano fonti di garanzia per tutti.

## *Il modello del Concordato nell'evoluzione della società e delle istituzioni dell'Italia democratica\**

Una valutazione del problema concordatario considerato nell'ottica della vita quotidiana del nostro paese non può prescindere da una, sia pur sommaria, verifica del problema concordatario valutato nell'ottica delle istituzioni dell'Italia democratica; è necessario considerare le scelte operate dalla società politica e, più in generale, i modi di esercizio dei pubblici poteri: la società politica intesa nel senso più ampio e generico, vale a dire non solo lo stato ma anche tutte le istituzioni – specialmente i partiti politici – svolgenti funzioni di aggregazione e di trasmissione delle istanze sociali destinate a diventare oggetto di decisioni politiche.

In questa prospettiva un contributo prezioso ci è venuto da PAOLO BARILE, un amico al quale voglio rivolgere un saluto affettuoso esprimendogli ancora la mia gratitudine per quanto egli ha fatto, nelle aule di giustizia, sulle riviste scientifiche, sulla stampa periodica, esercitando un costante impegno civile per l'attuazione dei valori costituzionali di laicità e di libertà religiosa che tuttora incontrano non pochi ostacoli per la loro realizzazione nella realtà concreta del nostro paese. Mi sembra giusto in particolare ricordare che proprio a PAOLO BARILE, il 7 aprile del 1957, venne affidato il compito di svolgere una relazione sul tema *Concordato e costituzione* al convegno indetto dagli amici del Mondo al Teatro Eliseo di Roma: ho partecipato a quel convegno e ricordo ancora il lungo, caloroso applauso che accolse la conclusione della sua relazione. Molta gente era presente allora, data l'importanza che veniva attribuita in quegli anni al problema concordatario e, più in generale, al problema dei rapporti tra stato e chiesa cattolica, in un periodo caratterizzato da quella che è stata definita l'ipoteca del concordato sulla società e sulla scuola in Italia; certo è

---

\* In *Libertà di coscienza e democrazia reale*, a cura di Carta 89, Manduria, Piero Lacaita, 2005, pp. 15-28.

opportuno domandarsi quali siano le ragioni che hanno determinato la conseguenza per cui oggi, a distanza di tanti anni dal convegno, che ho appena ricordato, siano disposte a dibattere sul medesimo tema solo poche persone.

La filosofia concordataria esprime una logica di privilegio ed è questa la ragione principale per la quale coloro che coerentemente sostengono una posizione anticoncordataria ritengono opportuno continuare ad impegnarsi per realizzare anche nel nostro paese una società civile, e politica priva di concordati.

Una valutazione delle scelte politiche con le quali si è stipulato il concordato nel 1929, lo si è richiamato nella Costituzione del 1948 e lo si è revisionato nel 1984, consente di verificare quali conseguenze negative siano da esse derivate.

In proposito hanno esercitato un'azione di notevole importanza l'assemblea costituente, il parlamento (e i partiti politici), il governo, la pubblica amministrazione, la corte costituzionale, la magistratura.

Con riferimento all'attività dell'assemblea costituente, è necessario naturalmente considerare il voto sull'art. 7, 2° comma cost., una disposizione – atipica e rinforzata – che continua ad esercitare una pesante eredità sull'evoluzione democratica della società italiana. All'assemblea costituente venne deciso di differenziare, per una serie di motivi sui quali non è qui opportuno soffermarsi, la disciplina dedicata rispettivamente alla chiesa cattolica e alle altre confessioni religiose operanti in Italia, quelle che nella costituzione vengono definite, nell'art. 8, 1° comma, le «confessioni religiose diverse dalla cattolica». Prima di giungere all'approvazione della disposizione nella quale è stabilito che i rapporti tra stato e chiesa cattolica «sono regolati dai Patti Lateranensi» e che «le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale», i membri dell'assemblea costituente avevano discusso in merito all'opportunità, contestata da molti tra coloro che erano intervenuti nel dibattito, di richiamare nella carta costituzionale dell'Italia repubblicana e democratica, quei patti del Laterano che ricordavano i legami tra il regime di Mussolini e la gerarchia ecclesiastica; dopo il voto del 25 marzo 1947, la discussione sulla questione concordataria assume un significato diverso ed anche coloro che intervengono su tale problema, polemizzando in ordine alla scelta effettuata dal legislatore costituzionale in tema di rapporti tra stato e chiesa cattolica, non

possono non tenere conto dell'elemento di fatto rappresentato dalla decisione dell'assemblea costituente di cristallizzare la situazione con la conferma della disciplina giuridica contenuta negli accordi del 1929 e di non accogliere nuove soluzioni per quel problema religioso che nei primi anni del secondo dopoguerra presentava molte incognite.

Prima dell'approvazione della nuova carta costituzionale sarebbe stata ancora possibile una svolta nella politica ecclesiastica del nostro paese capace di orientare l'ordinamento giuridico italiano in senso non confessionale: se, come era stato autorevolmente proposto da VITTORIO EMANUELE ORLANDO sin dal 1944, si fossero espressamente e cumulativamente abrogate tutte le disposizioni dei codici, delle leggi, dei regolamenti e delle circolari amministrative in contrasto con le libertà dei cittadini in materia religiosa, se si fosse allora deciso un ritorno alla legislazione liberale, certamente più coerente con i principi del nuovo ordinamento democratico rispetto alle leggi approvate durante il regime fascista, la conseguenza sarebbe stata che si sarebbe dovuto affrontare il problema di definire nuovi principi di disciplina della legislazione ecclesiastica italiana. La soluzione ritenuta preferibile all'assemblea costituente fu invece quella di evitare ogni rottura con il passato; tra le norme costituzionali in materia religiosa ve n'è una sola, quella contenuta nell'art. 7, 2° comma, nella quale il problema religioso non sia stato valutato secondo l'autonomo punto di vista dell'ordinamento democratico: mentre, infatti, le norme contenute negli artt. 2, 3, 7, 1° comma, 8, 19 e 20 cost., e cioè tutte le altre norme riguardanti il fenomeno religioso, si propongono di valutare tale fenomeno in collegamento con i principi più significativi della carta costituzionale, l'art. 7, 2° comma, limitandosi a stabilire che i rapporti tra stato e chiesa cattolica avrebbero dovuto continuare ad essere regolati da quei patti lateranensi nei quali erano contenute molte disposizioni in contrasto con alcune tra le norme più importanti della nostra costituzione, rivela la decisione del costituente di dissociare il tema dei rapporti tra stato e chiesa cattolica dalle novità determinate dal profondo mutamento di regime avutosi nel nostro paese con la caduta del fascismo.

Negli anni seguenti si assiste ad una sempre più accentuata confessionalizzazione della società italiana, che riguarda soprattutto la vita scolastica e le condizioni delle minoranze religiose italiane. Per quanto riguarda la scuola è da rilevare che, se si considerano le tendenze e gli

orientamenti delle forze politiche, si può notare che esse, con particolare riferimento alla disciplina dell'insegnamento religioso nella scuola pubblica e alla regolamentazione degli istituti privati cattolici, non differiscono molto rispetto a quelli adottati nei primi anni del secondo dopoguerra. Da parte cattolica, si continua a perseguire la conferma, nella normativa concordataria, del valore civile dell'istruzione religiosa nella scuola pubblica e si ribadisce la validità della concezione che, identificando i due concetti di *libero* e di *privato* (e di *scuola libera* e *scuola privata*), qualifica la scuola privata cattolica come espressione di pluralismo culturale, nella prospettiva di una garanzia di libertà che lo stato «democratico e sociale» deve assicurare a tutte le società naturali: caratteristica e conseguenza diretta di tale concezione è che si pone in rilievo soprattutto il pluralismo *delle* istituzioni rispetto al pluralismo *nelle* istituzioni. Le altre forze politiche tendono per lo più a sottolineare la prevalenza che deve attribuirsi alla libertà nelle istituzioni sulla libertà delle istituzioni; i «laici» in particolare ribadiscono la propria opposizione ad ogni forma di finanziamento statale alla scuola confessionale, ponendo in rilievo che in Italia la concessione di contributi alle scuole private cattoliche è in contrasto con il dettato costituzionale che proclama il pluralismo scolastico purché non produca oneri per lo Stato (art. 33, 3° comma, cost.).

Per quanto riguarda la condizione giuridica delle minoranze religiose, giustamente ha osservato GIORGIO PEYROT che l'esperienza di quattro decenni di vita repubblicana e democratica dimostra che una notevole limitazione all'esercizio dei diritti di libertà ed all'eguaglianza dei cittadini è stata determinata dall'atteggiamento assunto e dalla prassi seguita dalla burocrazia: quest'ultima infatti, salvo lodevoli eccezioni, ha mantenuto «un atteggiamento ostile, miope ed ottuso, in sintesi retrivo, nei confronti delle Confessioni religiose diverse dalla cattolica e dell'applicazione nei loro riguardi delle norme costituzionali» (G. PEYROT, *Condizione giuridica delle confessioni religiose prive d'intesa* in *Dir. eccl.*, 1984, I, pp. 619-57, spec. pp. 649-50).

Tale constatazione, ha ricordato GIORGIO PEYROT, trova riscontro in varie circolari ministeriali emanate e nelle conseguenti molteplici manifestazioni di intolleranza verificatesi in ogni parte d'Italia, specie nei primi quindici anni della repubblica; in certi orientamenti espressi circa le azioni da svolgere nel settore specifico; nel modo in cui sono stati presi certi provvedimenti liberatori, dopo vari interventi e solle-

citazioni, nel settore dei «culti ammessi», nonché nei pareri espressi da alcuni ministeri circa l'intesa conclusasi nel 1984 con la tavola valdese per i rapporti tra lo stato e le confessioni da quest'ultima rappresentate.

Nel considerare l'attività del parlamento e dei partiti politici non si può qui esaminare, per motivi di tempo, la lunga vicenda dei precedenti della revisione concordataria, sulla quale esiste attualmente una buona documentazione. Notevole importanza ha esercitato in questi anni l'attività della corte costituzionale e della magistratura, alle quali va attribuito il merito di avere spesso individuato con apprezzabile sensibilità i più significativi aspetti di incostituzionalità di alcune disposizioni emanate nella legislazione fascista.

Oggi esiste un nuovo concordato, a proposito del quale può essere opportuno indicare alcuni tra i più significativi aspetti che meritano di essere ricordati. I rappresentanti dello stato e della chiesa cattolica non hanno condiviso la tesi di chi da anni sostiene l'esigenza del superamento del regime concordatario, ritenendo che quest'ultimo provochi un danno sia agli interessi della confessione cattolica (la quale non dovrebbe affidare la soluzione dei propri problemi all'ausilio del braccio secolare ma alla coscienza dei cattolici) sia a quelli dello stato (il potere politico, rimanendo in vigore il concordato, è indotto a contare sull'appoggio della chiesa, alterando il ritmo naturale della dinamica sociale). Il nuovo documento costituisce però una tappa verso il superamento del regime concordatario, nella prospettiva di una transizione a sistemi di relazioni tra società civile e società religiosa diversi dai tradizionali patti concordatari.

È stato riformato il concordato ma non il trattato lateranense, mentre in quest'ultimo sono contenute disposizioni per le quali, nel periodo che ha preceduto l'approvazione dell'accordo di revisione, sono sorte molte difficoltà di interpretazione: ricordo in particolare l'art. 11 tratt., che prevede l'esenzione degli enti centrali della chiesa cattolica da ogni «ingerenza» da parte dello stato italiano, a proposito del quale è stato discusso il problema della posizione giuridica dell'i.o.r. nel diritto italiano.

È stata sottolineata la configurazione dell'accordo di revisione come un patto «*di libertà e di cooperazione*», ma le garanzie di libertà sono già contenute nella costituzione repubblicana e a tal fine il concordato (vecchio e nuovo) è del tutto superfluo.

L'art. 1 dell'accordo impegna la repubblica italiana e la santa sede «alla reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e per il bene del Paese». È importante ed opportuno che la repubblica e le confessioni religiose operino in uno spirito di reciproca concordia nella prospettiva di promuovere e soddisfare le esigenze dell'uomo e gli interessi della società; ma il principio di separazione fra la sfera religiosa e la sfera civile, contemplato nell'art. 7, 1° comma, cost., nella costituzione conciliare «*Gaudium et Spes*» ed ora nell'art. 1 dell'accordo di revisione, comporta il superamento della logica confessionale, sul cui fondamento in passato si è preteso talora di vincolare lo stato al rispetto di un'etica religiosa.

L'art. 13 prospetta la realtà di una «Chiesa nazionale italiana», rinviando a «*nuovi accordi*» tra lo stato e la conferenza episcopale «ulteriori materie per le quali si manifesti l'esigenza di collaborazione»; tali materie riguardano le festività religiose con validità civile, i titoli accademici ecclesiastici, l'assistenza spirituale nell'esercito, nelle carceri, negli ospedali, i beni culturali di proprietà ecclesiastica, l'organizzazione dell'insegnamento religioso nelle scuole pubbliche. Per la disciplina di queste materie spetterà al parlamento esercitare le funzioni che la costituzione gli attribuisce.

Non è previsto nel concordato del 1984 il principio della religione cattolica come sola religione dello stato, ma tale principio era decaduto in Italia sin dal 1948, con l'entrata in vigore di un testo costituzionale nel quale sono previsti i principi dell'indipendenza degli ordini civile e religioso (art. 7, 1° comma). In proposito è inoltre da ricordare che, nei riguardi delle istituzioni ecclesiastiche e in materia di scuola, sono confermati gli obblighi finanziari dello stato che, negli anni successivi al 1929, trovavano giustificazione nel principio della religione cattolica come religione dello stato italiano.

In tema di insegnamento della religione cattolica viene affermato il principio fondamentale della libertà e volontarietà dei comportamenti individuali, con la tutela della piena libertà dei cittadini nell'esercizio del diritto di scegliere se avvalersi o meno dell'istruzione religiosa nelle scuole statali; ma in questa materia, nella quale non è stata accolta la proposta di prevedere un insegnamento della religione fuori dell'orario scolastico a spese della chiesa ed è stato ribadito l'impegno dello stato di assicurare l'insegnamento della religione cattolica nel quadro delle finalità del sistema scolastico italiano, i problemi più

delicati non sono stati ancora risolti, come dimostrano le numerose questioni di legittimità costituzionale sottoposte al giudizio della corte costituzionale.

L'eliminazione di ogni ingerenza statale nelle nomine dei parroci e dei vescovi per il legislatore italiano costituiva un obbligo costituzionale, che impegna le autorità dello stato alla neutralità in materia religiosa e garantisce la piena libertà costituzionale nelle nomine a tutti gli uffici ecclesiastici.

Il procedimento con il quale le corti d'appello italiane dichiarano efficaci le sentenze ecclesiastiche matrimoniali è stato disciplinato come il procedimento di delibazione delle sentenze straniere previste dalla legge italiana (con alcune eccezioni, come quella che prevede il divieto del riesame nel merito della decisione ecclesiastica), ma gli equivoci, le incertezze e le contraddizioni sono in questa materia assai numerosi. Si è spesso sottolineata la novità del dissolvimento di ogni riserva di giurisdizione ecclesiastica e ci si è contemporaneamente richiamati al contenuto della sentenza della corte costituzionale n. 18 del 1982, che aveva invece dichiarato infondata la questione di costituzionalità relativa alla riserva di giurisdizione riconosciuta ai giudici ecclesiastici in materia di matrimonio «concordatario»; si precisa, nel n. 4 del protocollo addizionale, l'esigenza di «tener conto della specificità dell'ordinamento canonico dal quale è regolato il vincolo matrimoniale, che in esso ha avuto origine»: ma questa ovvia indicazione è tuttavia di tale genericità da consentire, nella delicata materia matrimoniale, un ambito di interpretazioni talmente ampio da rendere imprevedibile la disciplina che, nella concretezza dell'esperienza giuridica, riguarderà il tema del matrimonio.

Secondo l'esplicita dichiarazione contenuta nell'art. 13 dell'accordo, le disposizioni in esso previste «*costituiscono modificazioni del Concordato Lateranense accettate dalle due parti*»: la precisazione è da valutare in rapporto al problema della copertura costituzionale degli accordi sui rapporti tra stato e chiesa cattolica, una garanzia che ai sensi dell'art. 7, 2° comma, cost., non riguarda tutte le convenzioni tra l'Italia e la santa sede, bensì i soli patti lateranensi. Ove si dovesse ritenere che le innovazioni apportate al testo del concordato lateranense siano di tale portata da impedire di considerare l'accordo del 18 febbraio 1984 come una mera modificazione dei patti lateranensi, dovrebbe concludersi che tali accordi costituiscono un nuovo concor-

dato o una convenzione di natura e contenuto, sostanzialmente diversi rispetto al concordato precedente; in ambedue le ipotesi si avrebbe l'ulteriore conseguenza che la garanzia costituzionale prevista nel 1948 con riferimento al testo del 1929 non potrebbe riguardare il testo del 1984. Il parlamento potrebbe cioè modificare, con procedura legislativa ordinaria, quest'ultimo testo, senza il consenso della santa sede, e non potrebbe considerarsi violata la norma contenuta nell'articolo 7, 2° comma, cost.

Molte delle ambiguità e delle incertezze di interpretazione del testo concordatario devono attribuirsi alla politica dei partiti della sinistra. Giustamente CESARE LUPORINI ha richiamato l'attenzione sull'importanza che deve attribuirsi al soggetto partito politico. In proposito voglio ricordare un bell'articolo di LUPORINI, pubblicato su «l'Unità» del 14 marzo 1989, nel quale viene affermata la convinzione che il regime concordatario sia ormai storicamente superato ma, ancora una volta, viene anche sostenuta la tesi che nel 1947 «i comunisti per preservare la pace religiosa del paese, per non deviare su un conflitto religioso la lotta delle grandi masse lavoratrici, accettarono (non certo con entusiasmo) l'inserimento del precedente concordato nella Costituzione della Repubblica (il famoso, e già allora tanto discusso, articolo 7)».

Viene così ribadita la concezione del concordato accettato, «sia pure senza entusiasmo», come mezzo per tutelare la pace religiosa, una concezione alla quale devono a mio avviso farsi risalire molte delle conseguenze negative che derivano dal richiamo del concordato lateranense nella costituzione e dalla stipulazione del nuovo patto di Villa Madama. È la concezione nella quale il partito comunista continua tuttora a credere, come è dimostrato dalla circostanza che quando OCCHETTO, due anni fa, ha letto la sua relazione al 18° congresso del Pci, ha nuovamente affermato che, come si legge nel resoconto pubblicato su «L'Unità» del 19 marzo 1989, «ogni discorso sulla modifica o sul superamento del Concordato può svilupparsi solo attraverso un processo di maturazione e di dialogo, tra credenti e non credenti. Perciò è un discorso che non può procedere con visioni e ancor meno con atti unilaterali, e si deve a questo se il Pci non ha voluto porre sul terreno politico il problema della revisione o del superamento del Concordato».

Ma il concordato richiede, per entrare in vigore, una legge del

parlamento che, come tutte le altre leggi del parlamento, deve essere, valutata con riferimento ai suoi contenuti. Ora il concordato di Villa Madama contiene una serie di ambiguità, che sono contenute nel testo proprio perché era necessario approvare disposizioni la cui scarsa chiarezza avrebbe consentito di realizzare un testo dal quale potessero dedursi interpretazioni divergenti tra loro. Per potere ottenere in parlamento una maggioranza concordataria comprendente anche i voti dei parlamentari del pci, era necessario, in materia di matrimonio, di scuola, di finanziamento del clero, prevedere disposizioni dalle quali potessero farsi derivare soluzioni contrastanti.

Le dimostrazioni di insensibilità e di aggressività in questo campo nei confronti dell'infanzia, che sono state evidenziate ripetutamente dai *mass media*, sono la diretta conseguenza di disposizioni contenute nel concordato ed approvate dalla «maggioranza concordataria» comprendente anche i voti del pci. A mio avviso, non si doveva, non si dovrebbe, non si dovrà affrontare il problema del superamento del concordato preoccupandosi soltanto di considerare se esso è un tema maturo nella società civile e nella società politica, ma è necessario valutare se nelle disposizioni del concordato sono previste delle premesse per la conseguente violazione di diritti costituzionali dei cittadini.

Fino a quando non si riconoscerà che si è commesso un errore nel momento in cui si è accettato di votare un testo che comporta la violazione di diritti costituzionali dei cittadini, lunga ed impervia sarà la strada da percorrere per raggiungere l'obiettivo di uno stato che riconosca in concreto – *di fatto*, come dice l'art. 3, 2° comma, cost. – l'eguaglianza e le libertà dei cittadini senza distinzione di religione, che tuteli l'eguale libertà di tutte le confessioni religiose operanti nella società e garantisca l'imparzialità dei pubblici apparati in materia religiosa e l'autonomia delle autorità civili rispetto al potere dei gruppi confessionali.

Un ultimo punto sul quale vorrei richiamare l'attenzione è quello relativo all'intima connessione che di fatto si è determinata fra la questione del concordato e la questione delle intese tra lo stato italiano e le confessioni religiose diverse dalla cattolica. Alcuni tra noi, con garbo ma con fermezza, hanno ripetutamente sollevato il problema delle responsabilità che in proposito possono attribuirsi ai rappresentanti delle confessioni religiose che, mutando, sia pure in parte,

alcuni presupposti del loro orientamento sul tema dei rapporti con lo stato, hanno inevitabilmente indebolito la posizione anticoncordataria che è sempre stata presente in gruppi minoritari della società italiana. Giustamente preoccupati di ottenere il risultato dell'abrogazione, nei loro confronti, della legislazione fascista dei 1929-'30, essi, anziché perseguire il difficile ma importante obiettivo di un diritto comune in materia religiosa uguale per tutti, hanno preferito ottenere il risultato dell'attuazione dell'art. 8, 3° comma, cost., che prevede la stipulazione di intese tra lo stato e le rappresentanze delle confessioni religiose diverse dalla cattolica, previa abrogazione, limitata alle sole confessioni con intesa, della legislazione fascista sui «culti ammessi».

Nelle chiese evangeliche italiane, in conformità ad una lunga tradizione favorevole alla concezione separatista dei rapporti con gli stati, per un lungo periodo si era ritenuto che principio fondamentale per la regolamentazione dei rapporti tra stato e confessioni religiose fosse quello della accettazione del diritto comune; il sistema di regolamentazione dei rapporti con lo stato mediante intese bilaterali non venne a suo tempo richiesto dalle chiese evangeliche, ma fu introdotto nella carta fondamentale della repubblica per volontà della costituente. Dopo il 1948 non si è mancato di insistere sulla importante funzione che possono assumere le intese previste dall'art. 8, 3° comma, cost., quale garanzia per la libertà delle confessioni religiose di minoranza, ma è tuttora diffusa la tendenza a ritenere lo strumento delle «intese» espressione di una *politica concordataria*.

Di recente, la prospettiva del diritto comune è stata abbandonata (o comunque rinviata nel tempo) dalle chiese evangeliche, le quali tuttavia precisano che, con le intese, esse non hanno inteso richiedere privilegi di sorta, né potere alcuno da esercitare sulle coscienze o sulle strutture della società civile, nella convinzione che le intese stesse si differenziano totalmente da qualsiasi trattativa di natura concordataria. Tali dichiarazioni non possono però impedire di constatare come la decisione dei rappresentanti delle minoranze confessionali di mutare gli orientamenti della loro politica nei confronti dello stato italiano abbia favorito l'attuarsi di una politica ecclesiastica concordataria dalla quale derivano non pochi rischi per i diritti di libertà e di eguaglianza che costituiscono il fondamento di uno stato democratico. L'abbandono della concezione separatista ha infatti esercitato notevole influenza nel rendere più debole la posizione di quanti, anche all'in-

terno del mondo cattolico, continuano a ritenere che i concordati, e le intese con contenuti analoghi a quelli dei concordati, essendo accordi tra ordinamenti – quelli dello stato e dei gruppi religiosi – che hanno natura e finalità diverse e spesso contrastanti, non sono strumenti idonei a soddisfare insieme le imprescindibili esigenze dello stato e delle chiese.

Una conferma penso possa dedursi dalla delusione provata, anche negli ambienti delle minoranze confessionali, nel constatare che la revisione del concordato e le garanzie di libertà formalmente stabilite nella legge che ha approvato l'intesa con le chiese rappresentate dalla Tavola valdese non hanno certo influito nel determinare condizioni di maggiore libertà per gli appartenenti ai gruppi di minoranza: al contrario, con particolare riferimento alla materia scolastica, risultano completamente insoddisfatte le aspettative dei cittadini per un sistema che garantisca i principi di libertà e di uguaglianza: e in tutto il paese continuano a segnalarsi scorrettezze, abusi, ingiustizie e discriminazioni.

Oggi il problema del superamento del concordato presenta maggiori difficoltà rispetto al passato, dopo che non soltanto è stato stipulato il primo concordato dell'Italia democratica ma sono state emanate anche quattro intese sui rapporti tra lo stato italiano e le confessioni di minoranza; ed è un problema che deve essere considerato in connessione con la questione relativa alle forme di disciplina giuridica del fenomeno religioso nelle società democratiche. In proposito, un quesito di notevole complessità è quello che induce a domandarsi se il sistema democratico veramente richieda leggi statali emanate sulla base di intese o di concordati con gli enti esponenziali dei gruppi confessionali o se invece le esigenze di una società nella quale non siano riservati privilegi ad una o a più religioni non siano meglio garantite ricorrendo ad una legislazione unilaterale che, sia pure senza concordati ed intese, assicuri però pienamente il rispetto degli artt. 3, 8, 1° comma, 7, 1° comma, 19 e 20 cost.

## *Vecchi e nuovi problemi in tema di fonti del diritto\**

### *1. Il problema delle fonti e dei modi di produzione del diritto oggettivo*

Sebbene più di un secolo fa un giurista di acuta sensibilità, Vittorio Scialoja, avesse segnalato l'opportunità che il sistema delle fonti del diritto fosse studiato nell'ambito del diritto costituzionale<sup>1</sup>, fino a non molto tempo fa era largamente prevalente l'opinione che, anche per motivi di carattere didattico, il tema delle fonti dovesse collocarsi nell'ambito della disciplina universitaria definita con l'espressione "Istituzioni di diritto privato"<sup>2</sup>. È stato Massimo Severo Giannini il primo ad escludere da un manuale di diritto amministrativo il capitolo sulle fonti, affermando esplicitamente che la trattazione di questo tema è di competenza degli studiosi del diritto costituzionale<sup>3</sup>.

La nozione di fonte del diritto, che può, com'è noto, definirsi «qualunque fatto cui consegue la creazione, modificazione o estinzione di una norma giuridica»<sup>4</sup>, in conformità al principio di relatività delle

---

\* In *Ritorno al diritto. I valori della convivenza*, 2005, 2, pp. 20-50.

<sup>1</sup> V. SCIALOJA, *Sulla teoria dell'interpretazione delle leggi*, in *Studi Schupfer*, Milano, 1898, 305 ss.

<sup>2</sup> Si usa nel testo, a proposito del tema delle fonti del diritto, l'espressione "sistema", ma deve certo condividersi l'osservazione di G. SILVESTRI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Politica del diritto*, 1987, 149, che «la situazione attuale delle fonti del diritto presenta aspetti di tale complessità e contraddizione da rendere problematico l'uso dello stesso termine "sistema" per indicare l'insieme dei modi in cui si svolge la produzione normativa ai vari livelli dell'ordinamento».

<sup>3</sup> M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, 54 ss. V. anche A. PIZZORUSSO, *L'evoluzione del sistema, in queste istituzioni*, 1991, 75 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Padova, 1996, spec. 27-29, il quale, premesso che «può considerarsi un punto fermo che il tema delle fonti faccia parte integrante del diritto costituzionale», osserva, con riferimento ai regolamenti governativi, che la letteratura giuridica «durante la prima metà di questo secolo è stata monopolizzata dagli amministrativisti, mentre nel periodo più recente essa vede primeggiare i costituzionalisti».

<sup>4</sup> A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale. Artt. 1-9*,

valutazioni giuridiche, è “relativa” all’ordinamento dal cui punto di vista si pone l’interprete, nel senso che ciascun ordinamento, sulla base di criteri autonomamente prescelti, stabilisce l’individuazione delle fonti del diritto del medesimo ordinamento. Ogni sistema normativo conosce almeno due tipi di fonti – la legge e la consuetudine –, ma è con l’avvento dello stato di diritto che si realizza una netta distinzione tra leggi formali e fonti-atti dell’esecutivo.

Il problema delle fonti del diritto assume grande rilievo nella teoria generale del diritto e nel diritto positivo dei singoli stati, ma deve essere soprattutto studiato e considerato con riferimento all’evoluzione storica dei sistemi giuridici. Come infatti ha giustamente osservato Gustavo Zagrebelsky, «Il sistema delle fonti del diritto esprime i caratteri dei rapporti sociali. La complessità del primo è in diretta connessione con la complessità dei secondi. Ogni fonte del diritto è espressione di un processo di integrazione politica di forze sociali: tanto più la società è complessa, tanto più differenziate e quindi numerose saranno le fonti del diritto e complicato sarà il sistema che ne esprime l’ordine complessivo»<sup>5</sup>.

Le fonti del diritto, oltre che dalla teoria generale del diritto, sono studiate, con particolare approfondimento, da quella parte del diritto pubblico che si definisce diritto costituzionale; ma il problema delle fonti, importante in ogni disciplina di diritto pubblico (e privato), assume un rilievo speciale nel diritto amministrativo soprattutto a proposito di alcune categorie di fonti che presentano un aspetto peculiare (regolamenti, circolari, statuti degli enti pubblici, testi unici ecc.), e di alcune questioni, come l’attività normativa della pubblica amministrazione, la potestà legislativa e regolamentare delle regioni (materia per la quale da molti anni ormai sono state introdotte fondamentali innovazioni), il rapporto tra diritto statale e diritto europeo, questioni che assumono importanza nella disciplina che studia l’organizzazione e l’attività dei pubblici poteri.

---

*in Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1977, 14 ss.

<sup>5</sup> G. ZAGREBELSKY. *Sistema delle fonti*, in *Enciclopedia del diritto e dell’economia*, Milano, 1987, 1213 ss., spec. 1213.

## 2. Produzione delle disposizioni normative

Nell'ordinamento italiano, come avviene in ogni altro ordinamento moderno, vi sono delle leggi che contengono norme sulla produzione giuridica<sup>6</sup>; esse sono contenute nella costituzione (v. soprattutto gli art. 70 ss. sulla formazione delle leggi e 116 ss. sulla legislazione regionale, materia profondamente modificata a seguito della riforma del Titolo V della carta costituzionale e dalla recente riforma costituzionale della parte seconda della costituzione del 1948) e nel codice civile (l'art. 1 disp. prel. c. c. contiene infatti l'elenco delle fonti del diritto: leggi, regolamenti, usi); importanti elementi di novità sono stati introdotti nella l. n. 400 del 1988 e in molte altre disposizioni legislative più recenti.

Una importante distinzione, che tiene conto della esperienza giurisprudenziale della corte costituzionale, è quella tra disposizione, intesa come frammento di testo esprimente una proposizione normativa<sup>7</sup>, e norma, considerata come risultato del processo interpretativo della medesima disposizione<sup>8</sup>. Un esempio può facilitare la comprensione di tale distinzione: l'art. 2 del testo unico di pubblica sicurezza, che risale al 1931 (r.d. n. 773 del 1931), stabilisce che «il prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica». Come ha avuto occasione di precisare in proposito la corte costituzionale sin dai primi mesi dopo la sua istituzione (v. le due sentenze n. 8 del 1956 e n. 26 del 1961), da tale “disposizione” possono trarsi due “norme”: secondo una prima interpretazione, il prefetto potrebbe emanare provvedimenti (anche) in deroga alle leggi e ai principi dell'ordinamento; mentre, seconda un'altra interpretazione, che può essere considerata una seconda “norma”, il suo potere sarebbe invece vincolato al rispetto di ambedue i limiti.

A proposito della distinzione tra disposizione e norma, è opportuno ricordare le c.d. sentenze interpretative della corte costituzionale (di-

---

<sup>6</sup> A. RUGGERI, *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoria generale, dogmatica, prospettive di riforma)*, in *Politica del diritto*, 1987, 175 ss.

<sup>7</sup> F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Genova, 1992, 118.

<sup>8</sup> V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 195 ss.

stinguibili in sentenze interpretative “di accoglimento” e “di rigetto”<sup>9</sup>): mediante una sentenza interpretativa di accoglimento la corte considera costituzionalmente legittima una disposizione ma la dichiara illegittima «per la (sola) parte in cui» essa contenga determinate norme in contrasto con la costituzione. Sono state però avanzate non poche riserve sull’efficacia del sistema delle c.d. sentenze interpretative di rigetto, del sistema, cioè, con il quale la corte costituzionale ritiene di potere conservare in vita disposizioni formulate in modo da consentire interpretazioni incostituzionali, e si limita a suggerire una sua interpretazione, nella speranza che i giudici ordinari vi si conformino (con il rischio di assistere ad ulteriori violazioni della costituzione). In tali casi infatti la corte costituzionale lascia al giudice ordinario un ambito di discrezionalità eccessivamente vasto nell’applicazione delle leggi in conformità alla costituzione, in quanto «il funzionamento anticostituzionale della legge mal formulata ma non dichiarata invalida dalla Corte, può essere evitato solo con una non sanzionabile ottemperanza degli altri organi statuali, e soprattutto di quelli giudiziari, alla interpretazione posta a base della sentenza di rigetto, o, mancando tale ottemperanza, con la promozione di un nuovo giudizio costituzionale: cioè, con mezzi che si concretano necessariamente in una spontanea collaborazione delle altre magistrature, e in specie della Cassazione, con i giudici costituzionali».

### 3. *Norme giuridiche statali e norme di soggetti diversi da quello statale*

Se consideriamo l’elencazione delle fonti del diritto contenuta nell’art. 1 delle preleggi, possiamo valutare quanto scarna sia questa norma, che fa riferimento alle leggi, ai regolamenti, con particolare riguardo ai regolamenti del governo ai sensi della l. n. 100 del 1926, agli usi e alle norme corporative. Alla fine degli anni trenta, quando è stata approvata l’importante disposizione legislativa, tuttora vigente,

---

<sup>9</sup> V. CRISAFULLI, *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1965, 91 ss.; Id., *Le sentenze “interpretative» della Corte costituzionale*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, V, Milano, 1969, 2869 ss.; M. SICLARI, *Le “norme interposte” nel giudizio di costituzionalità*, Padova, 1992.

contenuta nel primo articolo delle “disposizioni sulla legge in generale”, non era certo inesistente il profilo della valutazione del diritto prodotto da soggetti diversi dallo stato.

In proposito deve essere qui ricordata, per limitarci alla sola esperienza italiana, l'importanza del contributo offerto da Santi Romano e Widar Cesarini Sforza, due studiosi che, con due libri piccoli per mole ma di grande rilievo dal punto di vista della ricerca scientifica<sup>10</sup>, pubblicati il primo nel 1918 e il secondo nel 1929, ebbero il merito di esaminare alcune tra le più interessanti questioni riguardanti il diritto non proveniente dallo stato. In questi due importanti lavori vi è una forte polemica contro la concezione strettamente statale del diritto: una polemica cioè nei confronti dell'idea che il concetto di diritto sia necessariamente collegato a quello di stato, come se il diritto provenisse solamente dall'ente “stato”.

Può essere utile ricordare le prime parole con le quali ha inizio il contributo di Cesarini Sforza sul “diritto dei privati”: «Una prima e sintetica indicazione di ciò che intendiamo significare con le parole poste a titolo del presente studio, può essere data dicendo che il diritto dei privati è quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo in mancanza, o nell'insufficienza, della legge statale»<sup>11</sup>.

Ma subito dopo l'autore, ritenendo opportuna un'ulteriore precisazione, rilevava: «Ma a colpo l'occhio si vede che codesta definizione in tanto ha un senso in quanto si ammetta la dissociabilità dei due concetti, di diritto e di Stato, modernamente congiunti nel pensiero dei giuristi»<sup>12</sup>. Cesarini Sforza si rendeva ben conto che, nel pensiero dei giuristi dell'epoca, queste due espressioni di “diritto” e di “stato” erano congiunte e non erano facilmente dissociabili. E il suo contributo parte proprio da questa considerazione di una dottrina giuridica maggioritaria, quasi unanime, nella quale tra i due termini di “diritto” e di “stato” si riteneva si dovesse ravvisare una totale coincidenza.

Come giustamente osserva Salvatore Romano, nella prefazione

---

<sup>10</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze, 1961 e W. CESARINI SFORZA (1929), *Il diritto dei privati*, Milano, 1963.

<sup>11</sup> W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., 3.

<sup>12</sup> ID., *Il diritto dei privati*, cit., in *loc. cit.*

all'edizione del 1963 del libro di Cesarini Sforza (e la stessa osservazione potrebbe formularsi per il libro di Santi Romano sull'ordinamento giuridico), il volume su *Il diritto dei privati*, subito dopo la sua pubblicazione nel 1929, suscitò notevoli consensi ed elogi, anche se «in realtà l'opera era anticipatrice, e la dottrina del tempo non offriva i criteri più idonei ad una valutazione adeguata di un contenuto così innovatore»<sup>13</sup>. Tuttavia questi consensi erano di carattere più esteriore che reale, proprio a causa dell'abitudine che si aveva in quel periodo di ritenere che il diritto, il “vero” diritto fosse quello dello stato e che dunque soltanto studiosi impegnati nel definire il carattere astratto delle norme giuridiche potessero sostenere, a livello teorico, ma senza conseguenze concrete, la configurazione di un diritto proveniente da soggetti diversi dallo stato<sup>14</sup>.

Come è noto, la possibilità di concepire ordinamenti giuridici diversi dallo stato era alla base del volume sugli ordinamenti giuridici di Santi Romano; e non mi soffermo in questa sede nel considerare la grande importanza che l'opera di questo autore ha avuto nella storia del pensiero giuridico moderno. Mi limito a ricordare il concetto cardine del suo volume su *L'ordinamento giuridico*, espresso con le parole: «Ogni istituzione si concreta in un ordinamento giuridico, che può non trovare il suo fondamento e il suo appoggio in quello statale, cui può anche [...] contraddire»<sup>15</sup>.

#### 4. *Il sistema delle fonti del diritto e i nuovi principi sulle autonomie normative dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana*

Le concezioni dominanti a proposito del rapporto tra norme giuridiche e norme statali entrano in crisi in Italia con l'entrata in vigore della costituzione del 1948. In tema di fonti del diritto la costituzione dell'Italia democratica determina una vera e propria rivoluzione, un autentico sconvolgimento del sistema.

---

<sup>13</sup> Cfr. in tal senso Salvatore ROMANO, Presentazione di W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit.

<sup>14</sup> V. anche G. CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. intern. filosofia dir.*, 1939, 9 e in G. CAPOGRASSI, *Opere*, IV, Milano, 1959, 181 ss.

<sup>15</sup> Santi ROMANO (1951) *L'ordinamento giuridico*, cit., 131.

Per richiamare soltanto i più significativi elementi di novità rispetto al passato della nuova concezione costituzionale del sistema delle fonti del diritto, mi limito a ricordare i due aspetti per i quali il sistema costituzionale delle fonti giuridiche rende completamente superato quello vecchio, contemplato nel già ricordato articolo 1 delle disposizioni preliminari al codice civile.

Il primo elemento di novità si riferisce ai nuovi criteri rilevanti in tema di fonti del diritto: la “rigidità” della costituzione, il principio di legalità, il principio delle riserve di legge, nonché i principi della “gerarchia” e della “competenza”, che Vezio Crisafulli individua per primo, ma poi molti costituzionalisti esaminano in importanti contributi come criteri da considerare insieme per potere valutare il tema della classificazione delle fonti del diritto nella nuova situazione seguita all’entrata in vigore della carta costituzionale del 1948. Questo è un primo aspetto, collegato alla valutazione dei principi rilevanti alla luce della costituzione, che sono completamente diversi rispetto al passato, perché diverso è il quadro normativo.

Il secondo aspetto fa riferimento alla “indicazione” delle fonti del diritto. Di fronte alle poche e scarse indicazioni di quali potessero e dovessero considerarsi fonti del diritto nel sistema codicistico del 1942, si sostituisce la concezione per la quale alle fonti del diritto previste dalle preleggi si aggiungono tutte le altre fonti del diritto che sono espressione delle autonomie normative riconosciute dal costituente. Il discorso in proposito potrebbe naturalmente essere molto lungo, se ci si proponesse di valutare in modo esauriente quale effettivo significato possano assumere le varie figure di “autonomia normativa” previste nella nostra Costituzione.

Il primo dato che dobbiamo ricordare, in una valutazione necessariamente sintetica della questione, è che vi sono delle autonomie normative espressamente riconosciute nella costituzione nei confronti delle cosiddette formazioni sociali. Anche gli enti territoriali possono essere considerati come formazioni sociali, ai sensi dell’art. 5 cost., che contiene un principio che è necessario coordinare con le disposizioni costituzionali in materia di regioni, province e comuni: vi sono dunque le autonomie degli enti territoriali sulle quali molti e importanti novità sono state introdotte nella legislazione italiana dell’ultimo decennio.

Ma gli enti territoriali sono soltanto alcune delle numerose forma-

zioni sociali nei confronti delle quali il problema deve essere esaminato. Per fare un'elencazione sia pure sommaria, sarebbe necessario esaminare le varie forme di pluralismo sociale. Mi riferisco naturalmente alla fondamentale disposizione di principio contenuta nell'art. 2 cost., nella quale è proclamato l'impegno della repubblica italiana di «riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità».

Le prime tra le formazioni sociali considerate nella costituzione sono le confessioni religiose (artt. 7 e 8). Il costituente non si limita a considerare il solo problema dell'autonomia normativa della chiesa cattolica, ma ritiene essenziale valutare la nuova posizione che assumono nel sistema costituzionale gli ordinamenti delle confessioni religiose diverse dalla cattolica: queste hanno un'autonomia normativa, giacché l'art. 8 cost. prevede nel c. 2 il principio che esse siano «libere di organizzarsi secondo i propri statuti», in quanto questi statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano, e stabilisce nel c. 3 che i rapporti tra stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica siano regolati per legge dello stato sulla base di intese con le rispettive rappresentanze. Per un periodo assai lungo (trentasei anni!) il principio dell'autonomia normativa delle confessioni religiose diverse dalla cattolica contemplato nel c. 3 dell'art. 8 cost. non ha trovato attuazione: soltanto nel 1984 si è posta, a livello di diritto positivo, la configurazione di diritti confessionali che trovano un riconoscimento attraverso lo strumento della legge unilaterale dello stato, emanata però “sulla base” di intese con le rappresentanze delle varie confessioni religiose.

Assai numerosi sono i temi che riguardano il collegamento fra i diritti autonomi delle confessioni religiose di minoranza e il diritto dello stato: il diritto comune dello stato rimane pur sempre un diritto applicabile, sia come diritto generale rilevante nei confronti di tutte le confessioni religiose, sia come diritto esclusivo applicabile rispetto a quelle confessioni religiose che o non vogliono o non possono ottenere di stipulare un'intesa con lo stato. Vi è dunque il problema, di non facile soluzione, dei rapporti tra diritti confessionali e diritto statale come diritto comune per tutti i soggetti.

Nella costituzione sono anche previste le autonomie normative della scuola. Nell'art. 33, c. 3 è contemplata la norma che consente l'istituzione di scuole private («senza oneri per lo Stato»); nel c. 6

della stessa disposizione è previsto il principio di autonomia delle università, che anch'esso solo di recente ha trovato attuazione.

Altre autonomie normative costituzionalmente rilevanti emergono dall'esame dei principi costituzionali riguardanti i sindacati, i partiti politici e la comunità di lavoro: con riferimento a tali istituzioni molti e importanti, com'è noto, sono i contributi degli studiosi di diritto costituzionale e di diritto del lavoro, nel periodo successivo all'entrata in vigore della costituzione repubblicana.

Un altro aspetto che deve essere considerato a proposito della "rivoluzione" determinata dall'entrata in vigore della costituzione nei confronti del vecchio sistema delle fonti del diritto è quello riguardante le fonti prodotte al di fuori dello stato e le fonti del diritto sovranazionale. Mi riferisco sia alle fonti del diritto internazionale generale e pattizio (il rinvio alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute trova nella costituzione uno specifico riferimento nell'art. 10, c. 1), sia alle cosiddette fonti comunitarie, che hanno reso necessario estendere l'analisi del tema delle fonti del diritto ad una serie di novità inimmaginabili nel precedente sistema, fondato sul dogma della indissolubilità tra diritto e stato. Ricordo inoltre che, secondo alcune concezioni, vi sono poi ulteriori fonti del diritto, come per esempio quelle prodotte a seguito di referendum abrogativo. In questa sede faccio esclusivo riferimento a fonti del diritto ulteriori rispetto a quelle o indicate nelle disposizioni preliminari al codice civile o collegate ad organi dello stato e non considero il tema dell'autonomia normativa del parlamento; non esamino qui neppure la questione, di grande importanza e di notevole complessità, se possano ritenersi fonti del diritto il precedente giudiziario e la dottrina<sup>16</sup>.

Un problema di notevole interesse, al quale occorre fare qui riferimento, è quello del collegamento tra le norme "giuridiche" e tutto quell'insieme di norme, della morale, della religione, dell'etica sociale, che assumono sempre maggiore importanza nella definizione del sistema normativo attualmente vigente: è noto quanto numerose e di difficile soluzione siano le questioni da considerare ove si intenda valutare la possibilità di dare riconoscimento a queste norme, che non

---

<sup>16</sup> E. GIANNANTONIO, *Dottrina e giurisprudenza come "fonti del diritto"*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 375.

sono norme “giuridiche”, nel senso tradizionale del termine.

Voglio qui ricordare un tema che mi è caro, quello relativo al “riconoscimento” delle cosiddette obiezioni di coscienza<sup>17</sup>. È noto che nel diritto positivo sono stati introdotti alcuni principi che consentono di fare ricorso alla coscienza, al fine di ottenere che le scelte di coscienza abbiano nel sistema una priorità rispetto alla legge dello stato.

I problemi delle relazioni tra norme giuridiche e norme di carattere religioso o etico o sociale sono molti e difficili. Può essere qui ricordata la grande importanza che assume il tema dei conflitti di lealtà che si determinano in Italia, a seguito della proposta, legislativamente accolta, di sancire a livello normativo il principio che consente di risolvere questi conflitti, che possono riguardare i soggetti “appartenenti” a diversi ordinamenti<sup>18</sup>. Conflitti che si presentano nelle situazioni in cui un cittadino è chiamato dal proprio ordinamento confessionale a rispettare un impegno che gli proviene dall’esigenza di conformarsi ad una norma della propria confessione religiosa che contrasta, o può comunque contrastare, con una o più norme dettate dall’ordinamento giuridico statale: un esempio significativo è dato dalla complessa questione relativa al rifiuto, per motivi religiosi, della trasfusione di sangue necessaria per tutelare il diritto alla salute.

La prospettiva diventa particolarmente delicata se si considera che in molte delle leggi emanate sulla base di intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica vi è un esplicito riconoscimento della possibilità di fare ricorso a quella che può genericamente definirsi un’obiezione di coscienza. Si considerino per esempio il riconoscimento del diritto di non lavorare il sabato (c.d. riposo sabatico) e le questioni che si pongono a proposito della richiesta di vedere riconosciuto il diritto ad opporsi a trasfusioni di sangue, che i testimoni di Geova non ammettono (in proposito è stata di recente approvata la legge emessa sulla base di intesa con tale confessione religiosa). È evidente che si può determinare una disparità tra coloro che vedono riconosciuto in un’intesa un determinato diritto ad utilizzare il rife-

---

<sup>17</sup> S. LARICCIA, *Coscienza e libertà. Principi costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Bologna, 1989; S. LARICCIA, A. TARDIOLA, *Obiezione di coscienza*, in *Enc, dir., Aggiornamento*, III, Milano, 1999, 815.

<sup>18</sup> Sul concetto di “appartenenza” ad un ordinamento, S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano, 1967, 105ss.

rimento alla propria coscienza, e coloro che, non avendo la propria confessione di appartenenza stipulato un'intesa con lo stato, non possono vedere riconosciuta questa loro esigenza<sup>19</sup>.

### 5. *I rapporti tra ordinamento giuridico statale e ordinamento giuridico sportivo*

Tra i problemi particolarmente delicati da considerare con riferimento alla tematica del rapporto tra norme giuridiche dello stato e norme provenienti da soggetti diversi dallo stato, è opportuno anche ricordare la questione dei rapporti tra ordinamento giuridico statale e ordinamento giuridico sportivo. Molti anni fa, prima Cesarini Sforza (nel 1933) e, poi, Massimo Severo Giannini (nel 1949) avevano avuto modo di intervenire tra i primi sul tema, con contributi scientifici di grande interesse<sup>20</sup>.

Circa dieci anni fa è stata emessa una decisione del consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, nella quale è affermato questo principio, da valutare alla luce delle considerazioni che occorre fare a proposito dei rapporti tra norma giuridica e norma statale: «Gli atti di esclusione e di non iscrizione di una società sportiva in un torneo o in un campionato cui partecipano gli altri sodalizi affiliati alle federazioni costituiscono esplicitazione non di poteri pubblici di tali federazioni ma della loro autonomia organizzativa e tecnica riconosciuta al fine di un ordinato e corretto svolgimento delle competizioni sportive»<sup>21</sup>.

La conclusione di tale premessa, affermata con riferimento al ricorso presentato dalla squadra di calcio del Catania, è che su tali atti, la cui efficacia si esaurisce all'interno dell'ordinamento sportivo, non può essere riconosciuta la giurisdizione del giudice amministrativo. Nella rivista da cui ho tratto questa massima è pubblicato un commento nel quale si esprimono perplessità sulla validità di questo principio

---

<sup>19</sup> S. LARICCIA, *Coscienza e libertà*, cit., 150 ss.

<sup>20</sup> Cfr. W. CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro. it.*, 58, 1933, I, 1, 1381 ss.; M. S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sportivo*, 1, 1949, III, 512, ss.

<sup>21</sup> La decisione è pubblicata in *Foro it.*, 119, 1994, III, 512 ss.

e si afferma: «Qualsiasi processo di rafforzamento delle autonomie, anche il più esteso, non può mai importare l'abbandono, da parte dell'ordinamento statale, del nucleo di regole e principi fondamentali che, per il loro carattere unificante, non sopportano limitazioni di alcun genere e la cui rinuncia si traduce in una negazione delle funzioni e dei poteri sovrani dello Stato».

Il problema qui considerato si ricollega ai ripetuti e intollerabili episodi criminali che accadono negli stadi italiani, dove è riscontrabile una situazione non esistente in nessun altro stadio europeo: un importante compito spetta al riguardo alla magistratura ordinaria, troppo spesso incline ad assolvere, o a punire blandamente i teppisti di stadio.

#### 6. *Atti espressione di autonomie normative e loro eventuale contrasto con norme e principi statali*

Il tema esaminato dalla giurisprudenza amministrativa nella fattispecie sopra ricordata è quello consistente nel precisare le possibilità di riconoscere forme di autonomia anche nel caso in cui gli atti espressi nell'ambito di tale autonomia contrastino con principi fondamentali o con norme di diritto positivo dello stato. È questo un argomento con riferimento al quale occorre diffidare da soluzioni drastiche e definitive.

Certo non si può dimenticare che molto spesso il riconoscimento indifferenziato delle autonomie significa sì realizzazione del fondamentale valore delle libertà, ma troppo spesso si traduce in una riduzione di valori altrettanto importanti, qual è, tra gli altri, quello contenuto nell'art. 3 cost. in materia di uguaglianza giuridica dei cittadini. Purtroppo sono assai numerose le ipotesi nelle quali il riconoscimento dell'autonomia di un gruppo sociale determina una lesione dei diritti individuali di coloro che fanno parte del gruppo al quale è stata riconosciuta l'autonomia collettiva e la capacità di autodeterminarsi; un altro pericolo è che il riconoscimento di una forte autonomia nei confronti di uno o di più gruppi sociali possa determinare una incidenza sul valore del pari trattamento nei confronti di altri gruppi sociali non riconosciuti meritevoli di ottenere la stessa autonomia. Lo stato deve porsi con le proprie leggi a garanzia del rispetto dei principi che assicurano i diritti di coloro che sono i

soggetti destinatari delle norme dell'ordinamento giuridico.

Non vi è dubbio che il riconoscimento di un'ampia sfera di autonomie normative tende a realizzare un sistema che guarda con favore al pluralismo giuridico, che valuta con fiducia le esigenze di autodefinizione, di decentramento e di autonomia dei soggetti. Bisogna però considerare che la legge generale dello stato, la legge proveniente dall'ordinamento statale unitario, conserva una sua importante funzione nel sistema e pone come imprescindibile l'esigenza di rispetto non soltanto delle norme giuridiche, ma di quelli che si chiamano i principi generali e i principi fondamentali dell'ordinamento.

L'esigenza di non abbandonare il singolo all'arbitrio dei gruppi assume grande importanza perché sono noti i soprusi che possono essere commessi nel momento in cui i cittadini non sono in grado di rivolgersi al giudice dello stato. Non molto tempo fa, con riferimento ad un grave episodio avvenuto all'interno della comunità di cui era coordinatore Muccioli, ho avuto occasione di ribadire l'importanza che nel momento presente assume tale esigenza a proposito del rispetto dei diritti di coloro che entrano in una comunità terapeutica. In proposito si è sostenuta la tesi, che a mio avviso deve essere contestata con fermezza, che afferma che tali comunità siano immuni dall'intervento esterno dello stato, giacché, nei confronti di coloro che sono ospitati al loro interno, si richiede l'applicazione di tecniche e di metodi particolari che in certi casi possono rendere impossibile il rispetto integrale dei diritti e delle garanzie di coloro che ne fanno parte.

Questa idea, che vi siano, all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato, determinati gruppi immuni dall'ingerenza e dal controllo degli organi statali, esprime una concezione alla quale io guardo con molta preoccupazione, per il giustificato timore che siano sempre più frequenti le occasioni nelle quali vengano violate le norme poste a garanzia degli interessi di tutti i soggetti operanti nell'ordinamento.

## *7. La potestà normativa del governo*

«Chi si fermi ad osservare il modo di essere e di agire dello Stato libero, ed in particolare dello Stato costituzionale italiano, di fronte ai cittadini, e dei cittadini fra loro, rileva il fatto che esso nel suo complesso è ugualmente e contemporaneamente regolato da due specie

di norme [...]. Le prime sono dette leggi, le seconde regolamenti»<sup>22</sup>. Questa osservazione, fatta all'inizio del secolo scorso da un grande studioso di diritto amministrativo, Federico Cammeo, presenta tuttora una sua validità, anche se, come si è visto, il sistema delle fonti del diritto italiano è oggi assai più complesso di quello allora vigente.

Secondo una teoria che risale alla fine del secolo scorso, nell'esercizio del potere discrezionale l'amministrazione esercita sostanzialmente poteri di legislazione inferiore, cioè di legislazione del caso concreto, godendo dunque dei privilegi e dell'inviolabilità del legislatore. Il problema del fondamento del potere regolamentare era collegato dalla dottrina meno recente alla sussistenza di un "potere discrezionale" attribuito alla pubblica amministrazione per il soddisfacimento di interessi pubblici. Le ragioni per le quali tale opinione non può accogliersi sono che, innanzi tutto, non sempre l'autorità amministrativa, nell'esercizio del suo potere discrezionale, può emanare norme aventi valore di diritto oggettivo e che, inoltre, non sempre vi è coincidenza tra potere discrezionale e potestà regolamentare, in quanto quest'ultima è attribuita agli organi di vertice del potere esecutivo e non a tutti i titolari del potere discrezionale.

In passato il problema del fondamento della potestà regolamentare veniva valutato in relazione al principio di divisione dei poteri, ritenuto da alcuni principio costituzionale dell'ordinamento. L'art. 3 dello statuto albertino dichiarava che il potere legislativo spettava come potere proprio e normale agli organi legislativi, con la formula «Il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal re e dalle due camere: il senato e quella dei deputati». Il potere governativo spettava al re in base all'art. 5 («Al re solo appartiene il potere esecutivo»), ma tale divisione di attribuzioni nei confronti del potere legislativo e di quello governativo, rispettivamente agli organi parlamentari e

---

<sup>22</sup> F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge ed ordinanza (decreti e regolamenti)*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, III, Milano, 1901, 3: traggo la citazione dal bel volume di N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2005, 9, che a sua volta la riprende da G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie (aspetti problematici)*, Milano, 1962. Lupo ricorda che anche L. CARLASSARE, nel volume *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, muove dalla definizione di regolamento proposta da Cammeo.

a quelli governativi, non era piena ed assoluta. L'art. 6 dello statuto attribuiva la potestà regolamentare al re, investito esplicitamente del potere di emanare regolamenti di esecuzione, ai quali faceva riferimento la disposizione con la formula «Il Re [...] fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza o dispensarne», ma è competente anche nell'emanazione di regolamenti indipendenti, in vista dell'attribuzione ad esso fatta, in via esclusiva, di determinate materie.

Nel lungo periodo compreso tra lo statuto albertino del 1848 e l'approvazione della legge n. 100 del 1926 la dottrina di diritto costituzionale e amministrativo esaminò in molti ed importanti contributi le questioni relative ai regolamenti indipendenti, alla c.d. prerogativa regia, ai regolamenti di organizzazione dello statuto (creazione e organizzazione dei ministeri), ai c.d. regolamenti delegati (quelli cioè che vengono emanati in virtù di una espressa disposizione legislativa che autorizza il potere esecutivo a disciplinare la materia) e ai regolamenti più comuni e frequenti che assumono il nome di regolamenti di esecuzione, definiti da Federico Cammeo «quel complesso delle norme che possono emanarsi nell'esercizio di quella somma di piccole facoltà discrezionali che ogni legge in maggiore o minore misura lascia all'autorità amministrativa su punti di secondaria importanza, su questioni di indole tecnica»<sup>23</sup>, norme legittime perché desunte, sempre secondo Cammeo, «dai principi stabiliti dalla legge in via d'interpretazione della sua lettera e del suo spirito».

Il 25 maggio 1925 il ministro guardasigilli Rocco presentò alla camera dei deputati un disegno di legge, divenuto poi, con lievi modificazioni, la legge 31 gennaio 1926, n. 100, sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche. L'opportunità di regolare organicamente la facoltà regolamentare del potere esecutivo era stata più volte segnalata. Con tale legge, dichiarò Rocco alla camera dei deputati, «si intende disciplinare una materia oggi caotica e stabilire un limite dove oggi è l'arbitrio»<sup>24</sup>.

Con tale legge, dichiarò il ministro al senato, «si modificano inevi-

---

<sup>23</sup> F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato*, cit., 171 ss.

<sup>24</sup> Atti parlamentari camera dei deputati, XXVII legislatura, I sessione, discussioni, 2ª tornata del 20 giugno 1925, 4390 ss.

tabilmente alcuni principi fondamentali del diritto pubblico italiano»<sup>25</sup>. La mutata fisionomia dello stato in forma di stato dittatoriale e la conseguente preponderanza del governo nei confronti del parlamento avevano posto l'imprescindibile esigenza di una diversa delimitazione tra la sfera di competenza legislativa e quella propria del potere esecutivo, con specifico riferimento all'emanazione delle norme giuridiche. Il disegno di legge presentato dal ministro Rocco e poi approvato si compone di soli quattro articoli, che vanno ricordati perché hanno una grande importanza nella produzione legislativa dell'epoca.

In base all'art. 1, «Sono emanate con reale decreto, previa deliberazione del Consiglio dei ministri e udito il parere del Consiglio di Stato, le norme giuridiche necessarie per disciplinare: 1° l'esecuzione delle leggi; 2° l'uso delle facoltà spettanti al potere esecutivo; 3° l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni dello Stato, l'ordinamento del personale ad esso addetto, l'ordinamento degli enti ed istituti pubblici, eccettuati i comuni, le province e le istituzioni pubbliche di beneficenza, le università e gli istituti di istruzione superiore che hanno personalità giuridica, quand'anche si tratti di materie sino ad oggi regolate per legge». Restava ferma la necessità dell'approvazione, con la legge del bilancio, delle spese relative e dovevano, in ogni caso, essere stabilite per legge le norme concernenti l'ordinamento giudiziario, la competenza dei giudici, l'ordinamento del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, nonché le garanzie dei magistrati e degli altri funzionari inamovibili.

L'art. 2 prevedeva: «L'approvazione dei contratti stipulati dallo Stato, per i quali era richiesta una legge, è data con decreto reale, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, udito il parere dei Consigli tecnici istituiti presso i vari ministeri del Consiglio di Stato». Il terzo articolo stabiliva: «Con decreto reale, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, possono emanarsi norme aventi forza di legge: 1° quando il Governo sia a ciò delegata da una legge ed entro i limiti della delegazione; 2° nei casi straordinari, nei quali ragioni di urgente ed assoluta necessità lo richiedano. Il giudizio sulla necessità e sull'urgenza non è soggetto ad altro controllo che a quello politico

---

<sup>25</sup> *Atti parlamentari senato*, XVII legislatura, sessione 1924-25, *Discussioni, tornata del 14 dicembre*, p. 3988.

del Parlamento [...]». Nel quarto articolo infine era previsto quanto segue: «Per i decreti legge, emanati anteriormente alla pubblicazione della presente legge, i termini stabiliti dall'articolo precedente decorrono dalla pubblicazione della legge stessa».

La materia dei regolamenti e dei rapporti fra legge e regolamento è stata, com'è naturale, profondamente modificata con l'entrata in vigore della costituzione repubblicana, che, come si è visto nei paragrafi precedenti, ha introdotto una serie di importanti novità in tutta la materia delle fonti del diritto. Nel vigente sistema non soltanto non è più sostenibile l'esistenza di un principio della divisione dei poteri nel senso rigido nel quale era considerato in passato, ma vi sono molte ragioni che inducono a rinvenire nella stessa costituzione gli elementi positivi per ritenere sussistente un'attività normativa secondaria del potere esecutivo: cfr. in particolare le disposizioni costituzionali contenute negli art. 87, c. 5 (regolamenti governativi emanati dal capo dello stato), 121, c. 2 (potestà regolamentare delle regioni), 5 (autonomie locali e potestà normativa degli enti locali) e 128 (potestà normative dei comuni e delle province): tutte disposizioni che, pur in assenza di una espressa disciplina costituzionale sui regolamenti subordinati alla legge, certamente consentono l'esercizio dell'attività normativa dell'esecutivo.

Il problema del fondamento della potestà regolamentare è connesso con l'interpretazione del principio di legalità, deducibile, secondo una parte della dottrina, dagli art. 13 ss. (spec. art. 23), 97, 101 e 113 cost., essendo necessario precisare se esso abbia un rilievo soltanto formale oppure anche sostanziale, con riferimento, cioè, al valore della legge come fondamento e limite contenutistico della potestà regolamentare. Nel secondo senso è l'opinione di chi, con riferimento all'art. 113 cost., ha osservato che questa disposizione costituzionale, nello stabilire che «contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa» e che «La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa», implica l'esigenza di verificare la conformità dell'atto alla legge, per consentirne il controllo giurisdizionale. Nel primo senso, quello che attiene al rilievo formale del principio di legalità, si è invece dedotto il fondamento di tale principio dall'art. 101, c.

2, cost., ai sensi del quale «i giudici sono soggetti soltanto alla legge».

Quel che è certo comunque è che la potestà regolamentare non può ritenersi sussistente laddove la costituzione abbia previsto una riserva assoluta di legge stabilendo che soltanto con una legge in senso formale possa provvedersi alla disciplina di determinate materie. Così, per esempio, l'art. 14 cost., dopo avere proclamato inviolabile il domicilio, prevede che «Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale» e che «Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali».

Secondo una distinzione, che trova la sua origine nella l. 31.1.1926, n. 100 e che, per l'importanza storica che essa ha avuto, merita di essere qui ricordata, anche se nuovi elementi di valutazione sono stati recentemente forniti dalla l. n. 400 del 1988, i regolamenti potevano essere: a) regolamenti di esecuzione, contenenti norme intese a dare esecuzione ed attuazione a fonti normative primarie: essi presuppongono dunque una precedente legge alla cui disciplina si collegano; (in questa categoria rientrano i c.d. regolamenti di attuazione, un esempio dei quali è dato dal recente regolamento 27.6.1992, n. 352 in tema di accesso ai documenti amministrativi, che è il risultato della delegificazione, prevista dagli artt. 24-26 l. n. 241 del 1990, c.d. legge sul procedimento amministrativo); b) regolamenti indipendenti, i quali presuppongono una legge che abbia attribuito alla pubblica amministrazione la competenza in una certa materia, senza tuttavia disciplinare le ipotesi ed i modi di esercizio dei poteri discrezionali riconosciuti alla pubblica amministrazione; tali regolamenti, molto importanti e diffusi (gli esempi più significativi sono quelli dei regolamenti comunali di polizia urbana e rurale, di polizia mortuaria, di igiene e sanità pubblica), riguardano situazioni e rapporti che la legge non prevede; c) regolamenti di organizzazione, che ai sensi dell'art. 1, n. 3 della citata l. n. 100 del 1926, riguardavano «l'organizzazione e il funzionamento delle amministrazioni dello Stato, l'ordinamento del personale ad esse addetto, l'ordinamento degli enti ed istituti pubblici»<sup>26</sup>; d) regolamenti "delegati", espressione che si riferiva alle

---

<sup>26</sup> Con riferimento a tale categoria di regolamenti è da tenere presente che, in appli-

ipotesi in cui una legge, rimuovendo i limiti posti alla potestà regolamentare, conferisse all'amministrazione il potere di attribuire per esempio al regolamento efficacia retroattiva o di introdurre deroghe a leggi formali preesistenti. Sin dall'entrata in vigore della costituzione sono stati espressi molti dubbi sull'ammissibilità di tali regolamenti. Si sosteneva che tali regolamenti potevano ritenersi ammissibili, purché non riguardassero norme o principi della costituzione, ma in ogni caso occorre che la delega regolamentare fosse sottoposta alle medesime condizioni cui l'art. 76 cost. subordina la delega legislativa, per evitare che essa rappresentasse un espediente per attribuire al governo poteri normativi senza il rispetto delle condizioni volute dal costituente.

Nel 1988 una importante disposizione ha sostanzialmente riproposto la distinzione risalente all'ordinamento giuridico del periodo fascista. L'art. 17 della l. n. 400 del 1988 ha abrogato ogni disposizione precedentemente in vigore nella materia dei regolamenti ed ha risolto molti dei problemi finora discussi con riferimento a questo importante argomento.

L'art. 17, n. 1, della l. n. 400 del 1988 dispone che «Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il parere del Consiglio di Stato che deve pronunciarsi entro novanta giorni dalla richiesta, possono essere emanati regolamenti per disciplinare: a) l'esecuzione delle leggi e dei decreti legislativi; b) l'attuazione e l'integrazione delle leggi e dei decreti legislativi recanti norme di principio, esclusi quelli relativi a materie riservate alla competenza regionale; c) le materie in cui manchi la disciplina da parte di leggi o di atti aventi forza di legge, sempre che non si tratti di materie comunque riservate alla legge; d) l'organizzazione ed il funzionamento

---

cazione degli artt. 95, c. 3, 97, c. 1 e 97, c. 2 cost., che hanno stabilito una riserva relativa di legge, non sussiste in materia un'autonoma potestà normativa del governo, anche se è ammissibile che le leggi di organizzazione siano integrate da norme regolamentari, di mera esecuzione delle leggi stesse (norme regolamentari sono per esempio quelle che prevedono gli ordinamenti interni degli uffici). Stabiliscono infatti le due citate disposizioni costituzionali: art. 95: «La legge provvede all'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri e determina il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei ministeri»; art. 97: «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari».

delle amministrazioni pubbliche secondo le disposizioni dettate dalla legge; e) l'organizzazione del lavoro ed i rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti in base agli accordi sindacali».

Il n. 2 della medesima disposizione stabilisce che «Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio di Stato, sono emanati i regolamenti per la disciplina delle materie, non coperta da riserva assoluta di legge prevista dalla Costituzione, per le quali le leggi della Repubblica, autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore della norme regolamentari».

Il n. 3 dell'art. 17 citato dispone che «Con decreto ministeriale possono essere adottati regolamenti nelle materie di competenza del Ministro o di autorità sottordinate al Ministro, quando la legge espressamente conferisca tale potere. Tali regolamenti, per materie di competenza di più Ministri, possono essere adottati con decreti interministeriali, ferma restando la necessità di apposita autorizzazione da parte della legge. I regolamenti ministeriali ed interministeriali non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo. Essi debbono essere comunicati al Presidente del Consiglio dei Ministri prima della loro emanazione».

Il n. 4 infine stabilisce che «I regolamenti di cui al comma 1 ed i regolamenti ministeriali ed interministeriali, che devono recare la denominazione di «regolamento», sono adottati previo parere del Consiglio di Stato, sottoposti al visto ed alla registrazione della Corte dei conti e pubblicati nella Gazzetta Ufficiale».

#### 8. *La delegificazione. Il movimento e le tendenze della razionalizzazione legislativa. L'eccesso di regolazione normativa e legislativa e le soluzioni intese a risolvere il problema*

La delegificazione, della quale spesso si parla nella dottrina degli ultimi anni e nella prassi, costituisce una delle forme di un problema più ampio consistente in quello che può definirsi il movimento della razionalizzazione legislativa.

Come ha giustamente osservato Sabino Cassese, «nel movimento

della razionalizzazione legislativa possono identificarsi due grandi fasi. Da un lato, quella ottocentesca, che ha prodotto i grandi codici. La razionalizzazione, in questo caso, deriva dall'istanza antiparticolaristica e dalla aspirazione a introdurre regole rispondenti alla ragione e a un sistema ideale. La seconda fase è quella che si apre alla metà del nostro secolo, quando si affacciano i maggiori problemi derivanti dal «sovraccarico» legislativo e amministrativo. Allora si cerca, da un lato di deregolare, dall'altro, di delegificare e di razionalizzare la legislazione»<sup>27</sup>.

Con il termine “delegificazione” si intende, in senso tecnico, la sostituzione di una normativa dettata con atto legislativo con un atto normativo di rango secondario. Ovviamente è sempre la legge a poter disporre l'operazione di delegificazione, stabilendo che talune materie non sono più disciplinate legislativamente, bensì da atti di grado secondario dalla stessa legge autorizzati. In questo senso la delegificazione opera attraverso due differenti modalità:

– delegificazione vera e propria, che consiste nel trasferimento della disciplina di una materia dalla legge dello stato al regolamento governativo. È questa l'ipotesi positivamente prevista all'art. 17, c. 2 della legge n. 400 del 1988. Va considerato come questa forma di delegificazione divenga col tempo sempre più importante, e che – a seguito della giurisprudenza costituzionale che vieta la reiterazione dei decreti legge non convertiti – negli ultimissimi anni ha assunto il ruolo di principale strumento di produzione normativa da parte del governo: è una forma di delegificazione tuttavia che suscita molte e forti perplessità, per l'incidenza soprattutto sui principi costituzionali che presidono ai rapporti tra poteri del parlamento e del governo e, in particolare, sul principio di legalità;

– decentramento normativo, cioè trasferimento normativo della disciplina di una materia dalla legge statale ad atti normativi di enti pubblici ed enti territoriali. Esempi evidenti sono le attribuzioni di poteri normativi alle autorità amministrative indipendenti (consob, autorità antitrust, autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità). Oppure si pensi alla disposizione dell'art. 4, c.1 della legge 59

---

<sup>27</sup> S. CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 307 ss., spec. 328.

del 1997 (c. d. Bassanini 1) che attribuisce alle regioni il potere di conferire funzioni a comuni, province ed altri enti locali nelle materie previste dall'art. 117 cost., e, sulla base dell'ultimo comma dello stesso articolo 117, dall'art. 1 della legge 59 del 1997.

Tali indicazioni esemplificano alcune delle principali e recenti dinamiche di delegificazione. Questa è un fenomeno di politica istituzionale intimamente legato alla problematica della "crisi della legge" e alla ipertrofia legislativa che caratterizza l'ordinamento italiano.

Schematizzando, la delegificazione si porrebbe come rimedio alla "crisi della legge" qualora contribuisse a restituire al parlamento la funzione di legislazione di principio, lasciando alle disposizioni regolamentari emanate da altri organi – prima di tutto il governo – la restante disciplina di dettaglio. D'altra parte, essa si qualifica come strumento per l'implementazione del policentrismo amministrativo, nella misura in cui consente di attribuire poteri normativi più estesi a livelli istituzionali diversi da quello statale.

Tuttavia, non mancano le perplessità inerenti la piena compatibilità della delegificazione con il sistema costituzionalmente vigente delle fonti del diritto: ad esempio, riguardo ai limiti della delega regolamentare che sono meno penetranti di quelli previsti all'art. 76 cost. per i decreti legislativi (ma va ricordato come pure i regolamenti delegati non possano intervenire su materie coperte da riserva di legge). Inoltre si è anche evidenziato come alla delegificazione non corrisponda automaticamente un processo di razionalizzazione normativa: e ben si potrebbe affermare l'opposto proprio analizzando il conferimento di materie che il capo I della legge 59 del 1997 opera in capo a regioni ed enti locali. Questo rafforzamento dell'impianto istituzionale nella direzione del "multilevel government" moltiplica il numero dei legislatori nelle stesse materie determinando esiti che possono rivelarsi in tal modo contrari a quello della semplificazione.

Nonostante ciò il fenomeno della delegificazione va necessariamente inserito tra gli sviluppi certi del sistema delle fonti del diritto. Il testo di riforma della seconda parte della costituzione licenziato dalla commissione bicamerale il 4 novembre 1997 aveva costituzionalizzato il sistema stabilito dalla legge n. 400 del 1988: «Nelle materie non riservate dalla Costituzione alla legge il governo può adottare regolamenti. Nelle medesime materie la legge, con determinazione dei principi essenziali di disciplina della materia,

può autorizzare i regolamenti ad abrogare e modificare norme di legge» (art. 98, c. 2).

D'altra parte è possibile prevedere che pure nel caso di esito negativo del procedimento di revisione costituzionale, la strada della delegificazione diverrà la strada da percorrere necessariamente per superare le croniche impasse del legislatore e consentire la realizzazione degli indirizzi politici stabiliti.

Le vicende istituzionali più recenti confermano questa analisi: in un sistema istituzionale "bloccato" i governi cercano di ottenere dal legislatore deleghe sempre maggiori che gli consentano di lavorare limitando i vincoli temporali dei lenti iter parlamentari. A conferma di ciò può ricordarsi che tali deleghe vengono spesso inserite proprio nel procedimento legislativo caratterizzato da maggiore rapidità, cioè nelle leggi finanziarie e nei rispettivi collegati.

#### 9. *Il problema dell'interpretazione e il dibattito della scienza giuridica contemporanea sulla funzione del diritto*

È opportuno ricordare che, tra i vari problemi della scienza giuridica oggi in discussione nel mondo occidentale, quello dell'interpretazione è forse il più incerto, anche per la divergenza di opinioni derivante dai diversi modi di concepire il diritto e la sua funzione nelle società contemporanee. In passato molti autorevoli giuristi hanno recato contributi di grande interesse all'approfondimento delle questioni centrali riguardanti il tema dell'interpretazione: se con riferimento agli anni cinquanta il pensiero va soprattutto alla grande opera di Emilio Betti e ai suoi libri su *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*<sup>28</sup> e sulla *Teoria generale dell'interpretazione*<sup>29</sup>, riguardo agli anni più recenti deve sottolinearsi il senso e il valore del contributo di un geniale studioso, prematuramente scomparso nel 1987: Giovanni Tarello<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Giuffrè, Milano 1949.

<sup>29</sup> Giuffrè, Milano 1955.

<sup>30</sup> Cfr. soprattutto, tra i suoi scritti, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile* già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, I, 2, Giuffrè, Milano 1980; *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, Bologna, 1988; *La*

Si definisce interpretazione l'operazione che consente di attribuire un significato alla proposizione normativa e di passare così da quest'ultima alla norma. Le norme sull'interpretazione sono contenute nell'art. 12 delle preleggi, per il quale «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

La citata disposizione delle preleggi è fondata sullo stesso criterio che ispira l'art. 101, c. 2 cost., a norma del quale «i giudici sono soggetti soltanto alla legge», un'espressione quest'ultima che equivale a fonte dell'ordinamento e dunque si riferisce anche ai regolamenti statali, ai piani regolatori urbanistici dei comuni ecc. Come si è acutamente osservato, dato l'evidente collegamento tra il principio costituzionale che prevede la soggezione dei giudici alla sola legge e il principio, anch'esso previsto dal costituente, di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge (art. 3), il quadro risulta come segue: «a) giudici, pubblica amministrazione, cittadini e soggetti in genere sono tenuti ad osservare le norme dell'ordinamento e non possono ricercare le regole di condotta né quelle di decisione (o di valutazione dei fatti) per conto proprio; b) ciò serve per escludere la prevalenza dei soggetti più forti, che imporrebbero la loro volontà e quindi il loro interesse; serve cioè per eliminare l'arbitrio; c) in combinazione col principio della gerarchia della fonti e con la ripartizione per materia delle competenze, fra Stato e regioni, ne emerge la supremazia del Parlamento su tutti gli altri organi ed enti pubblici; d) la obbligatoria osservanza delle norme dell'ordinamento generale sarebbe, peraltro, una enunciazione velleitaria se ad essa non si accompagnasse l'obbligo, per ogni operatore, di attenersi ad un'interpretazione fedele delle norme»<sup>31</sup>.

---

“Scuola dell'esegesi” e la sua diffusione in Italia, in *Scritti per il XL della morte di E. Bensa*, Milano 1989, 239 ss.

<sup>31</sup> E. CAPACCIOLI (1983) *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 15.

I soggetti che interpretano sono: il parlamento; i giudici; le amministrazioni; i privati. Il problema dell'interpretazione non riguarda però soltanto le proposizioni normative, giacché esso assume notevole importanza anche con riferimento agli atti giuridici diversi da quelli normativi. Come in ogni ramo del diritto, anche nel diritto amministrativo si pongono problemi collegati alla specificità dei temi studiati da questa materia: per esempio, l'interpretazione della legge ad opera del regolamento, i precedenti nell'interpretazione, l'interpretazione riguardante le norme sull'attività e sull'organizzazione e, soprattutto, l'interpretazione degli atti amministrativi (motivazione, buona fede e affidamento, intento dell'amministrazione e attività esecutiva, interpretazione del giudice). Sono queste alcune delle questioni che vengono ampiamente esaminate negli studi teorici e nelle decisioni giurisprudenziali riferiti al diritto amministrativo.

Occorre innanzi tutto tenere presente che vi sono principi comuni alla interpretazione di qualsiasi atto applicabili anche agli atti amministrativi. Così il principio della interpretazione sistematica, per cui le varie parti dell'atto devono intendersi le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso (art. 1363 c.c.); il principio per il quale, per quanto ampie siano le espressioni adoperate, le disposizioni dell'atto vanno sempre riferite all'oggetto del provvedimento (art. 1364 c.c.); il principio che induce ad attribuire alle disposizioni di un atto il senso che comporta una qualche portata e non quello per cui non ne avrebbero alcuna (art. 1367 c.c.: *magis ut valeant, quam ut pereant*); il principio della interpretazione funzionalmente finalizzata, per cui, in caso di dubbio, le disposizioni dell'atto devono intendersi nel senso più adatto alla natura e all'oggetto dell'atto stesso (art. 1369 c.c.), con l'avvertenza, assai opportuna, che nel diritto amministrativo deve essere tenuto conto dell'interesse pubblico che l'atto è destinato a soddisfare, nel senso che non può adottarsi un'interpretazione in contrasto con detto interesse e deve, correlativamente, preferirsi l'interpretazione che meglio risponde all'interesse medesimo<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> E. CAPACCIOLI, *Manuale*, cit., 156.

## 10. *L'applicazione del diritto*

L'applicazione del diritto è problema al quale viene giustamente riconosciuta sempre maggiore importanza. È un problema collegato con vari argomenti sui quali continuano ad interrogarsi i giuristi, come per esempio quello della “sistematica nel diritto”<sup>33</sup>. «La sistematica – si è giustamente osservato – [...] tende (cheché si pensi in contrario) a precisare l'applicazione del diritto; essa è dunque [...] ricerca e sistemazione del “pensiero legislativo” che illumina la “volontà della legge”»<sup>34</sup>.

Le esigenze della sistematica sono comunque esigenze di carattere pratico. Con queste parole, nel 1941, Piero Calamandrei precisava il problema dei rapporti tra teoria e pratica nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto: «Indubbiamente gran parte della dogmatica giuridica consiste in distinzioni e in classificazioni, ed è naturale che il giurista cerchi, se non altro per una ragione di chiarezza espositiva, di dare a queste classificazioni una certa prospettiva simmetrica; ma queste classificazioni, a mio avviso, non sono né vere né false: possono essere semplicemente più o meno utili, nella misura in cui servono più o meno bene a mettere ordine e chiarezza nella congerie delle leggi e ad agevolare l'applicazione del diritto a casi pratici»<sup>35</sup>.

Nei tempi più recenti il tema dell'applicazione del diritto è stato considerato con riferimento alle questioni della tecnica legislativa e della c.d. fattibilità delle leggi. Sabino Cassese ricorda che «questa tematica è stata ritenuta così importante da dar luogo ad un apposito insegnamento in alcune università nord-americane» e che, di fronte alla constatazione che le norme restano spesso sulla carta, interamente o parzialmente inattuata, ci si è chiesti «se ciò non dipenda dallo stesso legislatore, che adotta norme oscure o di cui

---

<sup>33</sup> Per un inquadramento generale del problema cfr. P. GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Quaderni fiorentini*, 30 (2001), t. II, 493 ss.

<sup>34</sup> S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, 667 ss., spec. 671.

<sup>35</sup> P. CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, e in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1966, 456 ss.

fin dall'inizio si potevano immaginare le difficoltà applicative»<sup>36</sup>.

Nel periodo di crisi che sta attraversando il nostro ordinamento normativo c'è sempre più bisogno di chiarezza e correttezza nell'universo normativo: tra le varie soluzioni ritenute idonee a ottenere una maggiore chiarezza degli atti normativi, oltre all'uso della delegificazione, si ricordano le tecniche di *drafting* legislativo, espressione inglese che indica il complesso di abilità e di competenze che servono a redigere una legge ben scritta, l'analisi di fattibilità delle leggi, la codificazione delle norme a mezzo di testi unici.

L'utilizzazione delle tecniche per migliorare la fattura delle leggi si collega al fondamentale obiettivo di ottenere la massima conoscenza del diritto da parte dei cittadini, problema che da solo meriterebbe un'analisi specifica e approfondita: un problema che occorre esaminare con riferimento sia al c.d. "diritto del legislatore", sia al c.d. "diritto dei giudici", dovendosi ritenere che l'esperienza giuridica si nutra tanto dei contributi provenienti dal legislatore, quanto di quelli di giurisprudenza e dottrina.

#### 11. *Nuove prospettive in tema di legislazione e di regolazione. Le nuove soluzioni per il riassetto normativo*

Nel periodo più recente nuovi temi e problemi della questione più generale delle "fonti del diritto" sono quelli riguardanti il graduale ma significativo passaggio dalla c.d. codificazione "di sistema" alla decodificazione, al riordino e infine alla codificazione "di settore"<sup>37</sup>, la definizione dei rapporti intercorrenti tra codificazione e semplifi-

---

<sup>36</sup> S. CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, cit., 329-30.

<sup>37</sup> Tali problemi su *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, sono stati esaminati in un recente convegno svoltosi a Roma, presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma Tre, nei giorni 17-18 marzo 2005: gli atti sono in corso di pubblicazione a cura della casa editrice G. Giappichelli di Torino. V. in particolare le relazioni di M.A. SANDULLI, *Introduzione al tema*, P. GROSSI, *Premessa storica - Dall'età della decodificazione' all'età della codificazione di settore?*, S. MAZZAMUTO - C. CASTRONOVO, *La codificazione civile in Europa*, G. MORBIDELLI, *La codificazione nel diritto amministrativo*, M. LIPARI, *La codificazione delle attività produttive*, S. AMOROSINO, *Un caso concreto: il codice delle assicurazioni e la questione del potere normativo delle Autorità di garanzia*.

cazione nel nuovo sistema delle fonti del diritto<sup>38</sup>, la precisazione di aspetti che assumono grande importanza nell'attuale situazione della legislazione, come quello relativo alla qualità della regolazione, con particolare riferimento alla necessità di una "politica" della qualità della regolazione, all'analisi di impatto della regolazione e alla consultazione dei "destinatari" delle norme<sup>39</sup>.

Negli ultimi anni ha avuto inizio una nuova fase di codificazione in materia di semplificazione e riordino (ora denominato "riassetto") normativo dopo quella dei c.d. "testi unici misti" di cui all'ormai abrogato art. 7 della legge 8 marzo 1999, n. 50 (soppresso dall'art. 23, comma 3, della l. n. 229 del 2003). Questa nuova fase si inserisce tra le iniziative del legislatore volte a realizzare la "semplificazione normativa", a ridurre il numero esorbitante delle regole del nostro ordinamento e a porre rimedio alla loro contraddittorietà, alla loro onerosità nei confronti di cittadini e imprese, alla loro relativamente non elevata qualità. La prima anticipazione di tale processo si è avuta, di recente, con lo schema di decreto legislativo concernente il "Codice dei diritti di proprietà industriale", in attuazione della delega contenuta nell'articolo 15 della legge 12 dicembre 2002, n. 273, recante "Misure per favorire l'iniziativa privata e lo sviluppo della concorrenza", che richiama espressamente, tra i criteri di delega, la norma-cardine della semplificazione normativa, costituita dall'articolo 20 della l. n. 59 del 1997, come novellato proprio dalla legge n. 229 del 2003.

Su tale schema l'Adunanza generale di questo Consiglio di Stato ha espresso il parere n. 2/04 del 25 ottobre 2004. Nella prima parte del predetto parere, in considerazione della rilevanza dell'intervento e del suo ruolo di precedente, il Consiglio di Stato ha ritenuto necessario evidenziare anche i profili storico-sistematici e le nuove problematiche giuridico-istituzionali che emergono dal nuovo processo di codificazio-

---

<sup>38</sup> V. in particolare le relazioni di F. SORRENTINO, *Codici e "testi unici misti": differenze solo "quantitative"?*, N. LUPO, *"Dal regolamento alla legge". Semplificazione e delegificazione: uno strumento ancora utile?*, P. CARNEVALE, *I nuovi codici e gli altri livelli di intervento. 1 - Codificazione legislativa e normazione secondaria*, C. MEZZANOTTE, *I nuovi codici e gli altri livelli di intervento. 2 - Codificazione e normazione regionale: prospettive di dialogo tra Stato e Regioni sul riordino*.

<sup>39</sup> Cfr. le relazioni di G. CORSO, *La necessità di una policy di qualità della regolazione*, R. PERNA, *L'analisi di impatto della regolazione*, A. CELOTTO, *La consultazione dei "destinatari" delle norme*.

ne, riportando indicazioni provenienti dalla prassi ormai consolidatasi in sede europea e internazionale. Nel rinviare al ricordato parere per tutte le importanti, specifiche considerazioni svolte e per lo sviluppo delle relative argomentazioni, ritengo opportuno riportare sinteticamente in questa sede le principali conclusioni accolte dal consiglio di stato, nel succitato parere e in pareri successivi<sup>40</sup> considerando che tali osservazioni riguardano tutti i casi di riassetto secondo il nuovo sistema.

Sotto un primo profilo, relativo al significato attuale del concetto di “semplificazione”, si rileva come questo sia andato evolvendosi notevolmente negli anni, con il progressivo abbandono dello strumento dei singoli regolamenti di delegificazione a favore di un’opera di riduzione del numero di norme e, in generale, di consolidamento/codificazione di quelle restanti. Il termine “semplificazione” si è andato via via assimilando a quello di “qualità della regolazione”, con l’uso di strumenti nuovi tratti dalla pratica internazionale, volti non soltanto al riordino giuridico-formale delle singole materie ma anche all’effettivo alleggerimento degli “oneri da regolazione” nei confronti di cittadini e imprese, sotto un profilo economico-sostanziale.

Il concetto di “codificazione” si è evoluto rispetto a quello ottocentesco ed è incentrato, oggi, sul riordino di specifici settori organici piuttosto che di macro-sistemi normativi. I “codici” della legge n. 229 del 2003, che hanno sostituito i “testi unici misti” della legge n. 50 del 1999, di questi ultimi conservano la finalità di riordino (ora definito “riassetto”) normativo, con l’ulteriore elemento caratterizzante che al riassetto si accompagna – grazie a criteri di delega più ampi – l’elemento innovativo della sostanza della disciplina codificata. Pertanto, può affermarsi che i decreti legislativi/codici che caratterizzano questa nuova fase di “riassetto normativo” posseggono due requisiti essenziali: – la riforma sostanziale della disciplina legislativa della materia, ispirandosi necessariamente anche a criteri di semplificazione (alleggerimento degli oneri burocratici) e di “deregolazione”; – la creazione di una raccolta organica di tutte le norme di livello legislativo su una determinata materia.

Una volta chiarito il quadro concettuale dell’intervento di codifica-

---

<sup>40</sup> Cfr. i pareri della sezione consultiva del Consiglio di Stato per gli atti normativi n. 11602/04 del 20 dicembre 2004, n. 11996/04 del 31 dicembre 2005 e n. 11995/04 del 7 febbraio 2005.

zione, va individuata una serie di questioni relative al “metodo” della codificazione, ormai definite nella pratica europea e internazionale e rivolte soprattutto al “Centro del Governo” di ciascun Paese. Trattandosi di un processo di codificazione concepito unitariamente dalla l. n. 229 del 2003, l’unicità della sede di previsione (il novellato art. 20 della l. n. 59 del 1997), dei principi e dei criteri direttivi generali (che si affiancano agli specifici criteri di delega per ciascun settore) e dei criteri metodologici di codificazione inducono il Consiglio di Stato a ritenere necessario, a livello operativo, un approccio coerente, se non coordinato, degli interventi di codificazione, riguardo sia agli aspetti metodologici che ai “confini” tra i vari codici.

Il consiglio di stato ha rilevato che, anche per il caso italiano, come è avvenuto in altri paesi europei, per esempio in Francia, la specifica finalità di alleggerimento degli oneri burocratici e di deregolazione richiederebbe l’intervento, accanto alle amministrazioni di settore, di uffici diversi, in posizione centrale: come infatti è stato da più parti rilevato, vi è, nei processi di semplificazione e di deregolazione, un elemento che accomuna tutte le esperienze che si sono succedute negli anni: la dialettica, talvolta il conflitto, tra gli interessi di settore che emergono nel corso dell’istruttoria normativa e un interesse trasversale, di tipo “istituzionale”, “neutro”, alla qualità della normazione. E una regia unitaria, con un unico referente anche a livello politico, potrebbe collocare in un solo contesto iniziative altrimenti separate e rimesse alla buona volontà delle singole amministrazioni, ma soprattutto potrebbe garantire – con un accorto intervento sulla perimetrazione dei vari codici – la coerenza ordinamentale dell’intero processo di semplificazione, oltre che dei singoli codici all’interno del loro specifico settore. La suddetta regia dovrebbe, altresì, farsi carico del contesto di *cd. multilevel governance* in cui operano gli interventi di semplificazione, contesto in cui oltre allo Stato sono soggetti fondamentali della produzione normativa anche le regioni e l’unione europea.

A proposito della metodologia della codificazione, è opportuno segnalare – anche in vista dei futuri interventi – alcuni profili ormai tipizzati della metodologia e della tecnica di elaborazione dei codici e dei testi unici, al fine di inserire tale processo, che ha radici antiche e nobilissime, anche nel solco dei valori della “qualità della normazione”. Essi potrebbero essere resi comuni a tutti gli interventi, o quantomeno affrontati in un’ottica unitaria, nell’ambito della *policy* organica unita-

ria di cui si è detto al punto precedente. Sono stati, quindi, individuati alcuni momenti tipici del processo di codificazione e la soluzione di alcune questioni, che potrebbero accomunare gli interventi, tra cui in particolare: l'individuazione degli ambiti di materia e dei raggruppamenti normativi che vanno ricompresi nel codice; la redazione del "piano dell'opera", di facile comprensibilità, da trasformare alla fine in un vero e proprio "indice del codice" (che la Sezione ritiene sia utile redigere anche per l'intervento in oggetto); l'analisi "interna" della normativa, in modo da procedere ad accorpamenti, smembramenti o suddivisioni delle norme nelle varie parti del testo.

Si è sottolineato come la stesura del codice vada condotta previa definizione di alcuni criteri metodologici comuni quali: l'uniformità della terminologia usata, la ripartizione delle norme in gruppi a seconda se sia possibile modificarle nella sostanza o solo nella forma, la semplicità del linguaggio e la semplificazione di quello esistente, accertando l'uniformità dell'uso di taluni termini, quantomeno all'interno del codice, la tecnica dei rinvii e delle citazioni, il trattamento delle cd. norme intruse, la soluzione delle antinomie, il lavoro di aggiornamento periodico dei codici e di difesa dell'unitarietà della sede della disciplina. È stata anche ribadita la possibilità di inserire nei "codici" elementi che comportino una effettiva semplificazione "sostanziale", e preferibilmente una (anche solo parziale) deregolazione della materia, oltre al consolidamento "formale", secondo i criteri generali di delega valevoli per tutti gli interventi di codificazione di cui alla l. n. 229 del 2003.

Sono stati poi evidenziati due rilevanti profili relativi a questioni di rapporti tra le fonti normative. In particolare, va messo in evidenza il rapporto dei codici – di rango interamente primario, a differenza dei testi unici misti di cui alla legge n. 50 del 1999 – con la normativa regionale da un lato e con le norme statali di livello regolamentare dall'altro; la necessità di un raccordo con la normativa regionale è divenuta particolarmente pressante dopo la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, che ha radicalmente cambiato il contesto dei rapporti tra fonti normative statali e regionali.

## *12. Un'ultima, importante considerazione*

L'esame dei vecchi e nuovi problemi in tema di fonti del diritto

non può prescindere da un presupposto che deve essere sempre tenuto presente: l'esperienza giuridica non può ridursi alla considerazione delle proposizioni normative, giacché, oltre al sistema normativo, assumono rilievo, come componenti di tale esperienza, anche i fatti da regolare, i fini da raggiungere, la valutazione dei risultati<sup>41</sup>.

Una ragione che induce ad attribuire importanza sempre maggiore alle componenti dell'esperienza giuridica diverse dal sistema normativo può individuarsi nei caratteri di una legislazione composta da indicazioni di principio, più che da prescrizioni puntuali e particolareggiate. Le disposizioni costituzionali del 1948 hanno consentito di porre in evidenza i limiti di una cultura giuridica abituata a operare sulla base di concetti astratti avendo come criterio di riferimento una legislazione di tipo regolamentare. Se consideriamo per esempio una delle norme più significative fra quelle costituzionali del 1948 riguardanti l'attività della pubblica amministrazione, quella contenuta nell'art. 97, c. 1, nel quale si precisa che «i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa», è possibile rilevare l'attenzione che il legislatore costituzionale ha dedicato alla valutazione dei risultati dell'operatore amministrativo, a quella che si definisce l'efficienza dell'azione dei pubblici poteri.

Richiamare l'attenzione sulle componenti dell'esperienza giuridica diverse rispetto al sistema normativo significa esprimere ferma adesione alla concezione della nuova scuola di pensiero che, come si legge nella presentazione di questa *Rivista*, a cura di Giuliano Crifò e Federico Spantigati, si contrappone alla dottrina tradizionale perché non pone il diritto positivo, bensì i valori della convivenza a fondamento della valutazione giuridica. È questa un'impostazione che merita di essere condivisa e che costituisce un importante obiettivo per i giuristi del nostro tempo.

---

<sup>41</sup> Per una valutazione del significato e del rilievo che assumono le quattro componenti dell'esperienza giuridica indicate nel testo, cfr. G. GUARINO, *Stato ed energia nucleare*, in *Riv. delle società*, 4, 1959, 19 ss.; S. LARICCIA, *Storia, ideologia e dogmatica nello studio del diritto ecclesiastico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 13, 1984, 657 ss.

## Nota bibliografica

Sul problema delle fonti e dei modi di produzione del diritto, cfr., nella vastissima bibliografia, G. DEL VECCHIO, *Il problema delle fonti del diritto positivo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 14, 1934, 184 ss.; C. ESPOSITO, *La validità della legge. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi ed il controllo giurisdizionale*, Cedam, Padova 1934; C. MORTATI (1947), *Valore giuridico delle disposizioni generali sulle fonti del diritto nel nuovo codice civile*, in *Id.*, *Raccolta di Scritti*, II, Cedam, Padova 1972, 689 ss.; P. GASPARRI, *Il sistema costituzionale delle fonti normative e i provvedimenti dei comitati prezzi*, in *Giur. cost.*, 3, 1958, 380 ss.; A. M. SANDULLI, *Legge forza di legge - valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 7, 1957, 269 ss.; V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 10, 1960, 775 ss. e in *Studi Zanobini*, III, Cedam, Padova 1965, 171 ss.; A. M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, 7, 1961, 524 ss.; V. BACHELET, *Gli ordinamenti interni*, Giuffrè, Milano 1962; D. DONATI, *La forza formale della legge*, in D. DONATI, *Scritti di diritto pubblico*, Cedam, Padova 1966, 87 ss.; N. BOBBIO, *Fatto normativo*, in *Enc. dir.*, 16, 1967, 988 ss.; P. BARILE, *Potere costituente* in *Noviss. Dig. It.*, 13, 1966, 443 ss.; A. BARBERA, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano 1968; C. MORTATI, *Raccolta di Scritti*, I, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*; II, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*; III, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*; IV, *Problemi di politica costituzionale*, Giuffrè, Milano 1972; F. MODUGNO *Legge in generale*, in *Enc. dir.* 23, 1973, 872 ss.; F. PERGOLESÌ, *Sistema delle fonti normative* (1949), Giuffrè, Milano 1973; R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale (commento art. 10-15 c. c.)*, in *Commentario al codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Zanichelli-II Foro italiano, Roma-Bologna, 1984; T. MARTINES, *Note sui procedimenti di formazione delle fonti del diritto*, in *Studi Mortali*, II, Giuffrè, Milano 1977, 321 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale. Art. 1-9*, in *Commentario al codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1977; A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977; G. TARELLO, *Gerarchie normative e interpretazioni dei documenti normativi*, in *Politica dir.*, 8, 1977, 449 ss.; F. MODUGNO, *Norma (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 28, 1978, 328 ss.; R. BERNHARDT, *Le fonti del diritto comunitario: la "Costituzione" della Comunità*, in *AA. VV.*, *Trent'anni di diritto comunitario*, 1981, 71 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. Le fonti del diritto*, Cedam, Padova 1984; C. LAVAGNA, *Ricerche sul sistema normativa*, Giuffrè, Milano 1984; F. CAPELLI, *I principi generali come fonte del diritto*, in *Dir. comunitario e degli scambi internazionali*, 25,

1986, 541 ss.; B. CARAVITA, M. LUCIANI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: note e materiali*, in *Politica dir.*, 17, 1986, n. 2, 263 ss.; A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di stato e di governo*, in *Quad. cost.*, 6, 1986, 217 ss.; R. GUASTINI, *Produzione e applicazione del diritto*, Giappichelli, Torino 1987; A. PIZZORUSSO, G. SILVESTRI, A. ANZON, *Tre interventi sulla ridefinizione del sistema delle fonti*, in *Politica dir.*, 18, 1987, n. 1, 139 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino 1987; ID., *Sistema delle fonti*, in *Enc. del diritto e dell'economia*, Garzanti, Milano 1987, 1213 ss.; R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano 1988; N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Nuovi moti per la formazione del diritto*, Cedam, Padova 1988, 477 ss e in *Studi Giannini*, I, Giuffrè, Milano 1988, 395 ss.; G.U. RESCIGNO, *Atti normativi e atti non normativi*, in *Giur. cost.*, 33, 1988, II, 2, 1494 ss.; F. MODUGNO, *Fonti del diritto* (dir. cost.), in *Enc. giur.*, 14, 1989; ID., *Atti normativi*, in *Enc. giur.*, 3, 1989; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale: il sistema delle fonti del diritto*; I, II ed., Utet, Torino 1989; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Ecig, Genova 1992; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. e società*, 1989, 411; A. PIZZORUSSO, *Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico italiano*, in *Riv. del Centro de Estudios Constitucionales*, 1989, n. 3, 269 ss.; A. VALENTI, *Il sistema delle fonti giuridiche comunitarie. Natura, classificazione e caratteri peculiari*, in *Annali Fac. Giur. Univ. di Perugia*, n. s., 9, 1989 e in *Scritti in memoria di Angelo Lener*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma 1989, 917 ss.; A. CERRI (1990) *Le fonti del diritto. Problemi generali normali. Lezioni*, Trieste 1990; N. IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in *Quad. fiorentini*, 19, 1990, 557 ss.; A. BALDASSARRE, *Fonti normative, legalità e legittimità: l'unità della ragionevolezza, in queste istituzioni*, 19, 1991, n. 87-88, 60 ss.; S. BERLINGÒ, *Fonti del diritto ecclesiastico*, in *Dig. IV, Disc. pubbl.*, 6, 1991, 454 ss.; E. GIANNANTONIO, *Dottrina e giurisprudenza come "fonti del diritto"*, in *Giur. it.*, 143, 1991, n. 10, IV, 375 ss.; C. MEZZANOTTE, *Le fonti tra legittimazione e legalità, in queste istituzioni*, 19, 1991, n. 87-88, 50 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*, in *Giur. cost.*, 36, 1991, n. 1, 847 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. IV, Disc. pubbl.*, 6, 1991, 409 ss.; C. CHIMENTI, *Un parlamentarismo agli sgoccioli: lineamenti della forma di governo italiana nell'esperienza di dieci legislature*, Giappichelli, Torino 1992; A. RUGGERI, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi degli anni 1987-91*, Giappichelli, Torino 1992; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Ecig, Genova 1992; C. DE ROSE, *Problematiche sull'adeguamento del diritto pubblico interno alle fonti comunitarie*, in *Cons. stato*, 44, 1993, n. 1, II, 123 ss.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato diritto privato a cura di G. IUDICA e P. ZATTI*, Giuffrè, Milano 1993; L. PALADIN, *Saggio sulle*

*fonti del diritto italiano: le problematiche della definizione e individuazione*, in *Quad. cost.*, 13, 1993, 219 ss.; L. PEGORARO, A. REPOSO, *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei*, Monduzzi, Bologna 1993; A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1993. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto costituzionale*, Cedam, Padova 1994, 119 ss.; P. PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti del diritto*, Cedam, Padova 1995; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996; M. LUCIANI, *La crisi del diritto nazionale*, in *Storia d'Italia, Annali 14, Legge, diritto, giustizia*, a cura di L. VIOLANTE, Einaudi, Torino 1995, 1005 ss.; A. PIZZORUSSO, S. FERRERI, *Le fonti del diritto italiano*, I: *Le fonti scritte*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. SACCO*, Utet, Torino 1998; AA.VV., *Le fonti del diritto italiano*, 2: *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. SACCO*, Utet, Torino 1999; P. GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Quaderni fiorentini*, 30, 2001, t. II, 493 ss.; A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Cedam, Padova 2002; C. TUBERTINI, *Riforma costituzionale e potestà regolamentare dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 46, 2002, 935 ss.; F. VENTURINI, *L'informazione normativa in rete: limiti e incongruenze della situazione attuale*, *ivi*, 971 ss.; N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo dell'attività normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, il Mulino, Bologna 2003; G. RICCIO, *L'interpretazione della norma è "politica" e spetta al magistrato*, in *Diritto § giurisprudenza*, 2003, n. 39, 10 ss.; N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Giuffrè, Milano 2003; G. VESPERTINI, *Le regioni e gli enti locali*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, II, Giuffrè, Milano 2003, 1929 ss.; V. ONIDA, *La Costituzione. La legge fondamentale della Repubblica*, il Mulino, Bologna 2004; C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 127, 2004, V, 57 ss.; W. GASPARRI, *L'autonomia didattica delle Università degli Studi e il sistema delle fonti*, in AA.VV., *La riforma degli studi giuridici*, a cura di V. CERULLI IRELLI e O. ROSELLI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2005, 233 ss.

Sull'interpretazione degli atti normativi, V. SCIALOJA, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi*, in *Studi Schupfer*, 3, Milano 1898, 305 ss.; F. CAMMEO, *L'interpretazione autentica*, in *La legge*, 1907, 305 ss.; D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Società Editrice Libreria, Milano 1910; M. ASCOLI, *L'interpretazione delle leggi*, Athenaeum, Roma 1928; M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano 1939; ID., *Natura e valore interpretativo dei progetti di riforma di legge*, in *Foro it.*, 70, 1940, I, 1265 ss.; V. CRISAFULLI, I

*principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, I, 1940, 663 ss.; R. SACCO, *Il concetto di interpretazione nel diritto*, Giappichelli, Torino 1947; G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Giuffrè, Milano 1941; C. LAVAGNA, *L'interpretazione autentica delle leggi e degli atti giuridici*, Istituto grafico tiberino, Roma 1942; G. LASERRA, *L'interpretazione della legge*, Jovene, Napoli 1955; C. RIBOLZI, *Le leggi interpretative e la nuova costituzione*, in *Studi Zanobini*, III, Giuffrè, Milano 1965, 577 ss.; L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1967; E. BETTI (1971) *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), II ed., Giuffrè, Milano 1971; E. PARESCÉ, «*Interpretazione (filosofia del diritto e teoria generale)*», in *Enc. dir.*, 22, 1972, 152 ss.; N. LIPARI, *Il problema dell'interpretazione giuridica*, in AA.VV., *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Laterza, Bari 1974, 71 ss.; V. FROSINI, *La struttura del diritto*, V ed., Giuffrè, Milano 1976; G. TARELLO (1980) *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI*, I, 2, Giuffrè, Milano 1980; S. BARTOLE, *Ricorso alla regola "stare decisis" o sommarietà della motivazione?*, in *Giur. cost.*, 31, 1986, I, 1247 ss.; G. TARELLO, *La "Scuola dell'Esegesi" e la sua diffusione in Italia*, in G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano 1988, 69 ss., e in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Giuffrè, Milano 1969, 239 ss.; S. BARTOLE, *Giudici, funzione giurisdizionale e interpretazione del diritto: glosse ad alcuni testi di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. GALIZIA e P. GROSSI, Giuffrè, Milano 1990, 511 ss.; E. PICCOZZA, *Gli studi sull'interpretazione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 20, 1990, n. 2; F. ROMEO, *Analogia. Per un concetto relazionale di verità nel diritto*, Cedam, Padova 1990, XX ss.; M. ASCOLI, *La interpretazione delle leggi, Saggio di filosofia del diritto* (Athenaeum, Roma 1928), a cura di R. RICCOBONO, Presentazione e post-prefazione di R. TREVES, Giuffrè, Milano 1991; E. BETTI, *Diritto, metodo, ermeneutica. Scritti scelti a cura di G. CRIFÒ*, Giuffrè, Milano 1991; G. CRIFÒ, *Problemi dell'interpretazione*, in AA.VV., *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, il Mulino, Bologna 1994, 315 ss.; V. MARINELLI, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Giuffrè, Milano 1996.

## *Principio di laicità e compiti della scuola\**

Voglio innanzi tutto esprimere la mia gratitudine nei confronti degli amici dei CEMEA, che mi hanno dato l'occasione di parlare qui con voi di questo argomento al quale mi sono dedicato in molte occasioni nella mia vita, perché penso che sia un argomento di grande rilievo per lo sviluppo di una società democratica, in modo particolare nel nostro Paese. Nella mia esperienza di uomo, di cittadino e di insegnante ho imparato molto dai CEMEA e questo è un argomento che presenta forti connessioni con le molte e variegata attività dei CEMEA in Italia e nel mondo. Cercherò quindi di parlare con semplicità, ma anche con appassionata partecipazione, di questo argomento che, per così dire, affonda le sue radici in un lontano passato.

Ebbene sì, il passato rende spesso necessaria la conoscenza di molte cose: e tra queste "cose" vi sono anche le norme giuridiche. Io sono un giurista, la mia attività si definisce quindi come quella di colui che studia le norme giuridiche e di chi ritiene che dalla lettura, dalla conoscenza e dall'interpretazione delle norme giuridiche derivino importanti conseguenze per la soluzione di molti problemi concreti e per l'evoluzione (o talora per l'involuzione, il mancato sviluppo) di una società.

I giuristi sanno, ad esempio, che vi sono delle costituzioni nelle quali sono raccolti alcuni principi, alcune regole, ed anche alcuni valori nei quali si crede nel momento in cui la costituzione è stata approvata. Noi non abbiamo una costituzione nella quale si affermi il principio di laicità come principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico e statale. Con l'entrata in vigore della costituzione, nel 1948, non si può certo dire che il principio di laicità si sia pienamente imposto nel nostro ordinamento, poiché, accanto agli articoli 2, 3, 7 comma 1, 8 comma 1, 19, 20, 21, 33 comma 1, disposizioni

---

\* Intervento a un convegno del CEMEA (Centri esercitazione metodi educazione attiva).

che inducono a propendere per l'esistenza di un principio di laicità dello stato e delle istituzioni civili, vi sono altri articoli della costituzione che introducono elementi di confessionalità: in effetti, l'art. 7 comma 2, precisando che i rapporti tra stato italiano e chiesa cattolica «sono regolati dai Patti Lateranensi» rinvia ai patti lateranensi, e dunque anche a quelle norme (art. 1 del trattato del Laterano e art. 1 del concordato) che richiamano il principio della religione cattolica come sola religione dello stato italiano. Nel 1984, con gli accordi di revisione del concordato, l'articolo 1 del protocollo addizionale (richiamato nel d. Lgs. n. 297/1994, testo unico sulla pubblica istruzione) segna il superamento del principio della religione cattolica come religione di stato.

Il principio di laicità è invece affermato come principio fondamentale in Francia. Ieri avete sentito parlare GRISONI di questo problema della laicità nel suo possibile collegamento con l'integralismo. Io vorrei ricordare che il fatto che nella costituzione italiana non vi sia l'affermazione del principio di laicità come principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale porta a determinate conseguenze negative.

Noi dobbiamo sempre ricordare che nel nostro Paese si sono succeduti tre periodi storici e due costituzioni. La prima di queste due costituzioni, lo statuto albertino del 1848, cominciava con l'affermare, nell'articolo 1, che la religione cattolica-apostolica era la *sola* religione dello stato (non “la religione dello Stato”, ma “la sola religione dello Stato”). L'articolo 1 continuava poi precisando che gli altri culti religiosi «saranno tollerati conformemente alle leggi». Quindi il periodo liberale in Italia aveva tra i suoi principi fondanti il principio della religione cattolica come sola religione dello stato. È noto che l'articolo 1 delle costituzioni di solito esprime l'aspetto fondamentale di una costituzione: ad esempio, l'articolo 1 della nostra costituzione afferma che la sovranità appartiene al popolo, e con questo stabilisce, nella prima norma della costituzione del 1948, il carattere democratico del nostro ordinamento.

La presenza del principio di confessionalità che caratterizzava lo statuto albertino del marzo 1848 non può sorprendere dal momento che allora vigeva il principio del *cuius princeps eius et religio*, vale a dire la religione del principe è anche la religione dello Stato in cui il principe esercita il suo potere. Comunque l'ordinamento liberale,

che individua il primo dei tre periodi (tali periodi sono infatti l'ordinamento liberale, che va dal 1861 al 1922, il ventennio fascista e, infine, il periodo democratico e repubblicano che inizia con la fine del ventennio), aveva come suo fine essenziale quello che era scritto in un famoso art. 2 della costituzione del 1789, in cui si precisava che il fine di ogni associazione politica è la *conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo*.

Badate che questo problema dei fini dello stato si collega con il problema che trova espressione nel titolo di questa mia relazione, ovvero "i compiti della scuola", perché i compiti della scuola mutano a seconda dei fini che lo stato si propone nei vari tipi di stato che si succedono nel tempo. Quindi i fini di uno stato liberale caratterizzano i compiti della scuola in uno stato liberale. I fini di uno stato totalitario, come è stato lo stato fascista dal 1922 al 1943, caratterizzano i fini e i compiti attribuiti alla scuola dello stato totalitario. I fini di uno stato liberal-democratico, infine, ed è questo il periodo che noi tuttora viviamo, caratterizzano i compiti della scuola di una società democratica.

Questo aspetto deve essere precisato con riferimento al passato perché molte delle norme del passato non soltanto hanno esercitato una influenza e talvolta una pesante ipoteca su tutto quello che è avvenuto nel tempo ma molte di quelle norme sono rimaste tuttora vigenti, cioè sono norme che disciplinano tuttora la vita dei cittadini italiani. Per esempio non so quanti di voi sanno che è tuttora in vigore la famosa legge sui culti ammessi del 1929, che è una legge tipicamente fascista che, quando venne approvata, si proponeva di limitare i diritti delle confessioni religiose diverse da quella cattolica. Quella legge (legge n. 1159 del 1929), infatti, a parte alcune disposizioni che sono "cadute" per effetto dell'intervento della corte costituzionale è ancora una legge vigente ed è una legge di cui non ci si riesce a liberare per delle difficoltà di carattere tecnico che non è ora il momento di sottolineare.

Il fine di ogni associazione politica, si diceva, è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo. L'articolo principale della statuto albertino in materia di libertà era quello in cui si diceva che «la libertà individuale è garantita» (art. 26, comma 1), cioè non c'era una libertà riconosciuta nei confronti dei corpi sociali – delle scuole, delle persone giuridiche, delle associazioni culturali, dei partiti, dei sindacati – perché si temeva che una eventuale libertà riconosciuta

ai gruppi sociali potesse determinare un rischio per la salvaguardia dei diritti dell'individuo, che in quel periodo costituivano l'oggetto principale della tutela da parte dell'ordinamento statale.

*Conservazione* dei diritti, quindi, non è qualcosa che somiglia a *promozione* dei diritti. Conservare i diritti significava soprattutto, in quel momento, impegno per il rispetto del diritto di proprietà, che era il diritto principale che in quel periodo era caro alle classi dirigenti dell'ordinamento liberale.

Il periodo fascista è caratterizzato da un completo sovvertimento di questa idea. Non soltanto non c'è l'idea della protezione dei diritti dell'individuo ma c'è anche un impegno forte nel limitare, nell'eliminare qualunque possibilità di libertà nei confronti dei corpi sociali. Questo avvenne non perché si temesse che attraverso il riconoscimento di tali libertà potessero essere poste a rischio le libertà dell'individuo ma perché si riteneva che l'unico diritto degno di essere salvaguardato fosse quello dello stato.

Una frase cara a MUSSOLINI era «tutto nello Stato, nulla fuori dallo Stato, nulla contro lo Stato». Lo stato è uno stato etico, interpreta anche la religione come fattore fondamentale per la protezione dell'interesse all'unità e quindi tutte le possibilità della vita sociale sono “assorbite” nell'esercizio del potere autoritario dello stato.

Il regime, ben sapendo quale fosse l'importanza della religione per l'affermazione di taluni principi ad esso cari, stipulò nel 1929 il concordato. La questione romana e il problema del concordato vengono affrontati perché un rapporto positivo con la chiesa cattolica era in quel momento necessario per affermare nel mondo, nel campo delle relazioni internazionali, l'idea che nulla fosse da temere dallo stato fascista e per convincere i francesi, gli inglesi, gli Stati Uniti che l'affermazione dello stato totalitario in Italia non poneva a rischio le libertà religiose (ed in modo particolare della più importante religione esistente nel nostro Paese) – e che quindi ci si poteva fidare del regime.

Venne quindi stipulato il concordato, che contiene un articolo che ha esercitato nel tempo, torno a ripetere, una pesantissima ipoteca: si tratta dell'art. 36 nel quale si stabiliva che «fondamento e coronamento dell'istruzione pubblica» – di tutta l'istruzione pubblica, e dunque anche di quella universitaria – dovesse essere l'insegnamento della religione cristiana «secondo la forma ricevuta dalla tradizione cattolica». Esisteva già dal periodo liberale la legge LANZA del 1857 nella quale

si precisava che il «fondamento e il coronamento» dell'istruzione religiosa dovesse essere l'insegnamento della religione cattolica ma non si era mai arrivati all'assurdo di affermare in una norma giuridica che «fondamento e coronamento» di tutta l'istruzione pubblica – cioè dell'insegnamento della storia dell'arte, della letteratura, del diritto, delle scienze, della matematica, ecc. – dovesse essere l'insegnamento della religione cattolica.

Ciò ha portato nel nostro Paese all'affermarsi di un regime di *confessionalità*, che è la parola contraria a *laicità*. In altre parole nel nostro Paese noi abbiamo una lunghissima tradizione di *confessionalità*, secondo la quale si attribuisce alla chiesa cattolica il potere di determinare i compiti dello stato in materia religiosa, vale a dire di obbedire alla indicazioni provenienti dalla gerarchia cattolica. E ciò naturalmente esercita un'influenza sui compiti della scuola, ritenuta la principale istituzione all'interno della quale si potesse realizzare l'obiettivo di clericalizzazione della società e di influenza sulle coscienze dei bambini e dei ragazzi attraverso il forte collegamento tra istruzione pubblica e insegnamento della religione cattolica.

D'accordo, si tratta di residui del passato, ma questa affermazione può essere vera fino ad un certo punto. Ed infatti è tuttora in vigore il trattato del Laterano il cui art. 1, abrogato dalla ricordata disposizione dell'articolo 1 del protocollo addizionale del 1984, prevedeva che la religione cattolica apostolica romana fosse la sola religione dello stato, ed è possibile esprimere molte perplessità sulla soluzione di *armonizzazione costituzionale* tentata attraverso la revisione del concordato del 1929 e la modifica di alcuni suoi fondamentali principi (insoddisfacente appare per esempio la modifica dell'art. 36 del concordato lateranense sull'insegnamento della religione cattolica nella scuola italiana).

Il nuovo concordato del 1984 fu stipulato dal primo governo socialista italiano, presieduto da BETTINO CRAXI. In quell'occasione CRAXI fece un discorso che richiamava quella che era già stata l'ideologia di MUSSOLINI: dal suo punto di vista il conseguimento di un accordo con la chiesa cattolica era importante perché con ciò si provava all'opinione pubblica nazionale e internazionale che non c'era da temere da uno stato socialista. Così come nel 1929 MUSSOLINI poteva vantarsi di essere riuscito là dove CAVOUR e GIOLITTI avevano fallito, così CRAXI potette sostenere che in Italia non si era riusciti a stipulare un nuovo

concordato se non grazie all'intervento del primo presidente socialista.

Prima CLAUDIO TOSI parlava di «esserci dopo cinquant'anni». Quelli erano per me gli anni in cui andavo a scuola, frequentavo il liceo classico Giulio Cesare e cominciavo a studiare alcuni di questi argomenti per poi iscrivermi all'università, nel 1953, e ricordo tutte le conseguenze derivate nel nostro Paese dall'affermazione di alcuni principi contenuti nella costituzione del 1948.

Sono passati più o meno cinquant'anni e l'età della costituzione è anche grosso modo l'età del CEMEA in Italia. Ebbene la nuova costituzione volta completamente pagina, per ciò che ci riguarda, perché i fini dello stato in un ordinamento democratico sono completamente diversi. Oggi, quindi, non c'è più l'impegno per l'esercizio dei poteri dello stato, la libertà individuale non è più considerata l'unica libertà da tutelare in un ordinamento nel quale il protagonista della vita sociale è l'individuo ma ci sono tanti soggetti, partiti politici, sindacati, confessioni religiose, e quindi molte disposizioni della carta costituzionale del 1948 – una costituzione “lunga”, come usano dire i giuristi – ci fanno comprendere come si sia in presenza di una costituzione che vuole garantire appieno quei valori che sono collegati all'affermazione del principio di laicità.

Tuttavia, nell'ordinamento attuale rimangono tuttora molti nessi con il passato: per esempio l'art. 7, comma 2 della costituzione afferma, come si è visto, che i rapporti tra lo stato italiano e la chiesa cattolica sono regolati dai patti lateranensi. Questo articolo non si muove certo nella direzione dell'idea di laicità dello stato dal momento che richiama all'interno della carta costituzionale anche quelle disposizioni dei patti del 1929 che erano servite per incoraggiare in Italia la formazione di una società confessionale.

Lungo e pesante è stato il cammino percorso da coloro che in Italia si sono impegnati per superare quella che era, come si leggeva nel titolo di un bel libro pubblicato negli anni cinquanta, l'*ipoteca* del concordato sull'istruzione pubblica: l'*ipoteca*, cioè, data da un insieme di disposizioni che miravano a costruire una società italiana confessionale. Molte cose sono in effetti mutate, molti sono stati gli interventi della corte costituzionale ma vi sono ancora molti residui di quel lontano passato.

I pochi minuti che mi restano vorrei dedicarli alla considerazione di alcune norme, il cui ricordo è a mio avviso indispensabile per

capire le ragioni per cui ancora si parla dell'esigenza di affermare il principio di laicità nella società odierna. Vi sono infatti ancora alcuni pesanti condizionamenti determinati da quelle norme.

La società di oggi è una società completamente diversa. È una società nella quale ha faticato a realizzarsi quell'impegno, che vorrei ricordare a voi in quanto si tratta di un impegno forte: mi riferisco all'impegno sancito nell'art. 3, comma 2 della costituzione nel quale si legge che è compito della repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che di fatto impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'esercizio dei diritti di libertà e di uguaglianza.

Ora l'espressione usata dal costituente – «è compito della Repubblica» – significa che è compito di tutti i soggetti della repubblica, i soggetti *pubblici*. Invece non si può probabilmente ritenere che questo compito sia attribuito anche ai soggetti che non sono pubblici, per esempio alle scuole private. E non è quindi un caso che la bella rivista che si pubblica da molti anni a Torino, *Laicità*, abbia recentemente dedicato il suo ultimo convegno al problema di valutare se ci sia *ancora una pubblica istruzione* in Italia: questo tenendo anche conto delle conseguenze derivanti dalla decisione dell'ultimo governo di centro-sinistra, che ha mutato perfino il nome del ministero della pubblica istruzione, che ora è definito ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca (MIUR). Occorre anche tenere presente che oggi siamo di fronte ad una notevole modificazione dei poteri dello stato, che in parte stanno diventando poteri delle autonomie locali. Molte difficoltà sono infine rappresentate dal fatto che dal 2000 c'è una legge dello stato, la legge n. 62 di quell'anno (anche questa è un singolare risultato dell'impegno del governo di centro-sinistra), che ha creato una situazione che considero incostituzionale, quella dell'istituzione delle scuole paritarie, le quali non hanno a mio avviso il «compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

Tutto questo mentre noi siamo di fronte alle esigenze di una società multiculturale: espressione a proposito della quale mi permetto, di passaggio, di dare qualche indicazione di lettura: *La sfida di Babele: incontri e scontri nelle società multiculturali*, *La didattica interculturale* del nostro Presidente Gastone TASSINARI e un altro libro pubblicato dalla casa editrice CAROCCI, *Le società multiculturali*.

Ieri mattina ero a Milano dove è stato proposto, tra gli altri possibili

temi di discussione del prossimo convegno dell'associazione dei professori di diritto costituzionale, quello delle società multiculturali. Ci troviamo di fronte, tra le altre cose, al compito di fare in modo che si affermi il valore della diversità come valore positivo. Nei 139 articoli della nostra costituzione c'è un'unica norma che parla di diversità ed è il secondo comma dell'art. 8, dove si legge che tutte le confessioni religiose *diverse* dalla cattolica sono libere di organizzarsi secondo i propri statuti.

Si pone oggi questo problema della diversità che non c'era negli anni precedenti, il problema della valorizzazione del diverso come elemento positivo. Il problema della laicità oggi non è legato soltanto al fatto religioso ma si riferisce alle varie concezioni del mondo.

Su una rivista, *L'Ateo*, è comparso recentemente un articolo in cui si sostiene che oggi il problema della laicità si debba collegare all'esigenza di superare l'idea che il "fondamento e coronamento" dell'istruzione pubblica possa essere l'insegnamento di una religione specifica, sia pure essa la religione più diffusa nel nostro Paese, a favore della consapevolezza che ci sono varie concezioni del mondo tutte meritevoli di essere tenute presenti (la non-credenza come l'opinione positiva in materia religiosa, cattolica o di altra natura, ciascuna depositaria di una verità).

Oggi le chiese sono molto numerose e ciascuna di esse cerca di rappresentare il momento di autonomia e di identità, che c'è dietro ciascuna di queste concezioni religiose.

Il nesso fra principio di laicità e compiti della scuola, quindi, è fortissimo e, al tempo stesso, l'esito della delicatissima vicenda dell'affermazione della laicità nell'esercizio quotidiano dell'attività degli insegnanti non è tanto affidato alle norme scritte nelle leggi ma all'opera di ciascuno di noi. Di ciascun insegnante e ciascun discente che sia consapevole dell'importanza di questo principio, che è indispensabile affinché il lavoro nella scuola si svolga tenendo presenti le varie differenze e considerando che queste rappresentano elementi positivi di crescita e di formazione per tutti.

## *Gli articoli 33 e 34 della Costituzione\**

La Carta costituzionale prevede un sistema educativo di istruzione e formazione, consistente nel complesso di diritti, doveri e libertà previsti nei confronti di vari soggetti, pubblici e privati: gli artt. 33 e 34 devono essere considerati in coerenza con i principi contenuti in altre disposizioni costituzionali (innanzi tutto, gli artt. 2, 3 e 21) e tenendo presenti la riforma costituzionale attuata a seguito dell'entrata in vigore della l. costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che ha modificato il titolo V della parte seconda della Costituzione, e la grande importanza che assume il passaggio dal sistema della scuola di Stato al sistema nazionale di istruzione, fondato sul principio di autonomia delle scuole.

### *Libertà di insegnamento nella scuola*

L'art. 33, c. 1, garantisce la libertà di insegnamento, con una disposizione che, considerando tale libertà in stretta connessione con la libertà dell'arte e della scienza, non consente la previsione di limiti concettualmente incompatibili con l'arte e con la scienza.

La libertà di insegnamento nella scuola merita una considerazione particolare rispetto alle altre libertà costituzionali, perché il rapporto di insegnamento/apprendimento presuppone una differenza di cognizioni e di preparazione tra chi insegna e chi impara che rende necessarie la tutela morale nei confronti di questa seconda categoria di soggetti e la garanzia dell'esigenza di protezione dell'infanzia e della gioventù (art. 31 cost.). Con una disposizione che assume grande importanza in materia scolastica, il legislatore, nell'art. 1 d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, prevede che l'esercizio della libertà di insegnamento è diretto a promuovere, attraverso un confronto aperto di posizioni culturali,

---

\* In *Treccani scuola*, 2006, pp. 1-4 e in [www.sergiolariccia.it](http://www.sergiolariccia.it).

la piena formazione della personalità degli alunni e che tale azione di promozione è attuata nel rispetto della coscienza morale e civile degli alunni.

### *Il rapporto tra istruzione pubblica e istruzione privata*

Un problema che rappresenta tuttora una delle questioni più discusse e controverse della politica scolastica del nostro paese è quello del rapporto tra istruzione pubblica e istruzione privata. La Costituzione prevede un sistema pluralistico tendente a garantire il diritto dei bambini e dei ragazzi di iscriversi alle scuole e alle università ispirate liberamente ai vari orientamenti di pensiero politico-sociali diffusi nel paese. L'ammissibilità di scuole impegnate ideologicamente, che è conforme all'orientamento pluralistico della nostra società e del nostro ordinamento, pone il problema dei criteri con i quali valutare le ipotesi di eventuale contrasto tra gli orientamenti ideologici della direzione della scuola e quelli dei docenti che prestano la loro attività all'interno della scuola: ed è questione di non facile soluzione quella di considerare quali limiti, nelle scuole private, la libertà di insegnamento possa legittimamente subire per effetto dell'obbligo contrattuale, eventualmente assunto dal docente, di orientare l'insegnamento in conformità all'indirizzo ideologico della direzione della scuola. La Corte costituzionale, con sentenza n. 195 del 1972, in relazione a un famoso caso verificatosi nell'Università cattolica di Milano, ha stabilito che sussiste il potere delle università libere di verificare la conformità degli indirizzi ideologici o religiosi del docente rispetto a quelli che caratterizzano l'istituto di istruzione e, in caso di contrasto, di interrompere il rapporto di lavoro con il docente; a mio avviso è invece più esatta la tesi che sulla libertà collettiva della scuola ritiene prevalente la libertà del docente nella scuola: un'opinione coerente con il principio, caratteristico degli ordinamenti democratici contemporanei, per quale la libertà individuale merita tutela anche nelle ipotesi in cui possa derivarne un sacrificio della libertà collettiva.

Il costituente ha stabilito, nell'art. 33 cost., cc. 3 e 4, che gli enti e i privati sono liberi di istituire scuole ed istituti di educazione, purché non ne derivi alcun onere finanziario per lo Stato, e che le scuole private e i loro alunni hanno diritto a un trattamento scolastico

equipollente a quello degli alunni delle scuole statali, e, nell'art. 34, che la scuola è aperta a tutti, che l'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita, che i capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno di diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi e che la Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso.

Gli artt. 33 e 34 cost. rappresentano la risultante delle diverse tendenze emerse all'Assemblea costituente in materia scolastica. Per quanto in particolare si riferisce al divieto di sovvenzioni alle scuole private, è da ricordare che esso è stato, sin dai primi anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, costantemente aggirato per ogni ordine e grado di scuola; nel periodo più recente, anche a seguito della crescente contestazione dello "statalismo" e del "centralismo", si è sollecitato un profondo ripensamento dei rapporti pubblico/privato nell'ambito scolastico (si ricorda il proposito l'importante l. 10 marzo 2000, n. 62, contenente le norme sulla parità scolastica e le disposizioni sul diritto allo studio).

### *Intervento educativo privato "senza oneri per lo Stato"*

Ma ogni testo di legge e, a maggior ragione, il testo di una disposizione inserita in una costituzione "rigida", qual è quella italiana, va interpretato anzitutto per quel che dice, e in modo che quel che dice abbia un significato e non si risolva in un'interpretazione esattamente contrastante con le espressioni usate nel testo. *Senza* vuol dire *senza*; scuola *privata* vuol dire scuola *privata* e non può significare scuola *pubblica* (non statale); e *oneri per lo stato* sono non soltanto i diretti finanziamenti, ma anche gli esoneri fiscali e tutte le agevolazioni che comportino un aggravio del bilancio statale.

Qualunque riforma normativa riguardante il problema della politica scolastica deve essere impostata tenendo presente che la Costituzione disciplina diversamente la scuola pubblica e la scuola privata, che sono istituzioni obiettivamente diverse, e stabilisce che l'intervento educativo privato debba avvenire «senza oneri per lo Stato» (art. 33, c. 3): la scuola privata non ha dunque *diritto* a ricevere contributi economici da parte dell'erario, anche se sovvenzioni possono essere

concesse per soddisfare le legittime aspettative delle popolazioni di fruire del diritto allo studio.

È necessario inoltre considerare che solo nella scuola “pubblica” possono liberamente convivere diverse posizioni culturali e ideali; ed è la scuola pubblica che, nonostante tutti i suoi malanni, resta ancora la soluzione preferibile per la formazione e l’educazione delle giovani generazioni.

## *Intervento in tema di riforma universitaria\**

Sono Sergio Lariccia, insegno *Diritto amministrativo* nella facoltà di Scienze politiche dell'Università di Roma "La Sapienza". Nel passato, precisamente nel periodo compreso tra il 1965 e il 1976, ho esercitato per undici anni l'attività di magistrato della Corte dei conti per cui ho ascoltato con molto interesse Rita Arrigoni parlare di problemi collegati alla mia vita e al mio lavoro di allora; da trent'anni, la mia attività esclusiva è quella di professore a tempo pieno nell'università. Ho accolto con piacere l'invito a partecipare a questo convegno e sono qui venuto con il desiderio e la convinzione di avere l'opportunità di approfondire alcuni temi che mi stanno molto a cuore; ho ascoltato molte cose interessanti e desidero esprimere, innanzi tutto, una valutazione di sostanziale consenso sulla maggior parte delle cose ascoltate; ma c'è qualche opinione dissenziente che ritengo opportuno esprimere qui, trattandosi di temi e questioni che a me sembrano importanti per il futuro della nostra università.

Un po' scherzando, un po' parlando sul serio, dico che per la prima volta in vita mia mi sono sentito in un convegno un *perversito*, considerando quanto ha detto poco fa l'amico Antonello D'Atena, quando ha osservato che è difficile immaginare "qualcosa di più perverso" di quanto viene espresso nel documento conclusivo della commissione Martinotti sulla riforma dell'università: ho partecipato ai lavori di tale commissione (ero l'unico giurista presente nella commissione) e voglio qui ribadire la mia convinzione favorevole alla maggior parte delle opinioni espresse nella relazione elaborata dalla commissione a conclusione dei suoi lavori. Naturalmente tutte le frasi e tutte le opinioni vanno interpretate nel contesto di un discorso più ampio, ed è necessario proporsi sempre di collegare tra loro i vari problemi in discussione: e questo naturalmente Antonello D'Atena lo sa quanto

---

\* Intervento nel convegno su *L'autonomia del sistema universitario: paradigmi per il futuro*, Villa Mondragone (Monteporzio Catone), 22 marzo 2006.

me. Un aspetto importante dei vari problemi considerati in questo convegno riguarda il concetto stesso di autonomia, considerato in rapporto alla garanzia costituzionale delle libertà accademiche e di quello che D'Atena ha definito il primo corollario, secondo il quale, a proposito dei limiti alla libertà di insegnamento, «si deve ritenere inimmaginabile» che il principio di autonomia previsto nell'art. 33, comma 6, della Costituzione possa in qualche misura incidere sulla libertà di insegnamento, garantita con la formula contenuta nel primo comma dell'art. 33 cost.: *L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento.*

La libertà di insegnamento non riguarda soltanto le università, è una libertà che, con riferimento a tutta la vita scolastica ed accademica, riguarda evidentemente le scuole di ogni ordine e grado. Sulla libertà di insegnamento c'è una produzione scientifica vastissima; come sanno tutti coloro che partecipano a questo incontro, nel quale si sono distinti, nell'intento di approfondire i temi della libertà di insegnamento e dei limiti a tale libertà, gli studiosi del diritto costituzionale e del diritto amministrativo. Il mio pensiero, mentre ascoltavo le parole di D'Atena, è andato a uno scritto famoso che vale ancora la pena di leggere e di consultare, a distanza di più di quarant'anni da quando è stato pubblicato: intendo riferirmi al saggio su *Insegnamento, istruzione, scuola* di Umberto Pototschnig, pubblicato sulla rivista *Giurisprudenza costituzionale* del 1961 e poi edito lo stesso anno come libro dalla casa editrice Giuffrè; si tratta di un libretto, piccolo per dimensioni, ma di grande rilievo culturale, di un maestro del diritto amministrativo al quale va la gratitudine degli studiosi della mia generazione, per l'approfondimento di temi di grande valore culturale. Umberto Pototschnig ha poi scritto due voci fondamentali in questa materia, nei volumi XXI e XIII dell'*Enciclopedia del diritto: Insegnamento (libertà di)* e *Istruzione (diritto alla)*.

Uno degli aspetti fondamentali della libertà di insegnamento è quello consistente nel precisare i limiti alla libertà di insegnamento. Giustamente osserva Antonello che nella Costituzione italiana non è previsto alcun limite espresso, in quanto non è stata adottata la soluzione, accolta per esempio in Germania con la Costituzione del 1949, di prevedere espressamente l'esigenza di rispetto dei principi fondanti della Costituzione, dei valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale. E tuttavia sussistono limiti alla libertà di insegnamento

in quanto questa deve ritenersi una libertà “funzionale”: la libertà di insegnamento non costituisce una libertà “personalissima”, una libertà cioè garantita a un soggetto per soddisfare l’interesse del suo titolare; siamo in presenza di una libertà diversa rispetto ad altre libertà costituzionali, per esempio, la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di riunione, la libertà di religione; la libertà di insegnamento è una libertà garantita a chi ne è titolare per soddisfare gli interessi dei destinatari dell’attività di insegnamento; è cioè una libertà garantita ai professori per soddisfare gli interessi degli allievi, degli studenti, dei partecipanti ai corsi di insegnamento nei quali il professore svolge la sua funzione di docente. Chi vi parla compie fra qualche settimana quarantaquattro anni di insegnamento universitario, sono stato direttore di istituto e poi direttore di dipartimento, e quindi ho potuto svolgere anche funzioni che pongono direttamente a contatto con la vita quotidiana delle università. Ora, è abbastanza noto a chi ha avuto un’esperienza di cariche accademiche, così come del resto a chi conosce la vita della scuola, che, nella prassi quotidiana, nella vita di ogni giorno delle scuole e delle università, la libertà di insegnamento viene intesa in quel senso, che ha espresso bene questa mattina Luigi Paganetto, di “autoreferenzialità”: essa assume assai spesso un significato che impedisce di cogliere il senso reale di una libertà che viene assicurata ai professori non per soddisfare le loro esigenze personali ma quello degli allievi, che hanno il diritto di trovarsi in un rapporto di insegnamento/apprendimento con docenti titolari della libertà di insegnamento, con docenti liberi di insegnare per potere meglio soddisfare gli interessi dei loro studenti.

Occorre riconoscere, io credo, che a questi temi i professori non si appassionano molto. È significativo constatare che in fondo siamo *quattro gatti* ad ascoltare qui le riflessioni riguardanti un tema tanto importante qual è quello considerato in questa giornata. Pochi giorni fa sono andato alla riunione annuale di *Alma Laurea*, che si è svolta quest’anno nell’Aula Magna dell’Università de “La Sapienza”, nella quale veniva considerato il problema del rapporto fra università e mondo del lavoro: posso certo sbagliare, ma ritengo di avere incontrato non più di cinque professori delle università romane, naturalmente considerando i professori che io conosco (ma insegno all’università de La Sapienza da più di vent’anni!): oltre agli organizzatori del convegno, provenienti da ogni parte di Italia, erano presenti quasi soltanto

dirigenti di associazioni varie, persone interessate al problema dei rapporti col mondo del lavoro; i professori, lo ripeto, non si appassionano ai temi della didattica, e non intendo qui riferirmi ai professori a tempo definito, che, per motivi di tempo, talora dimostrano scarsa attenzione nei confronti delle esigenze degli studenti. A mio avviso, molte delle ragioni del fallimento dell'idea di università negli ultimi cinquant'anni, sono dovute alla concezione che i professori continuano ad avere della libertà di insegnamento, nell'esercizio dei compiti che essi svolgono nella vita quotidiana delle università.

Da molti anni ormai, esattamente dal 1990, svolgo anche le funzioni di coordinatore di un programma *Erasmus e Socrates*, ed è nota l'importanza che, come osservava poco fa l'avvocato Di Pace, assume il problema dell'internazionalizzazione degli studi universitari. È noto che gli studenti, in attuazione delle regole di questi programmi, si rivolgono ai professori per avere un'autorizzazione allo svolgimento dei corsi che essi intendono seguire fuori sede, in una delle numerosissime università europee che aderiscono a questi programmi. Molti professori, non tutti naturalmente, alle richieste degli studenti rispondono: «sì, d'accordo, vada all'estero, però, quando poi ritorna in Italia, sarà necessario che superi l'esame preparando il mio programma e studiando i libri da me pubblicati o quanto meno da me consigliati per il superamento dell'esame». Certo si può dire che questa rappresenta un'esperienza limitata perché in molti casi i professori comprendono perfettamente le esigenze di studio degli studenti che intendono preparare un certo numero di esami nelle varie università europee. E tuttavia io ribadisco la mia critica per alcuni comportamenti che non possono condividersi. Vi sono professori che fissano l'orario di ricevimento per gli studenti affiggendo in bacheca l'informazione riguardante gli orari di ricevimento degli studenti con la frase «gli studenti si ricevono nei giorni delle lezioni», il che significa che, in molti casi, quando finiscono le lezioni, finisce anche la presenza dei professori nelle stanze nelle quali gli studenti hanno diritto di essere ricevuti dai professori: e non dimentichiamo che ora, con la prassi dei semestri, le lezioni sono quasi sempre ridotte a un periodo di due mesi e mezzo.

Occorre certo tenere presente l'obiezione che ha già fatto questa mattina Antonello D'Atena, quando ha precisato: «qui probabilmente vi è un errore culturale, perché non si deve intendere la libertà di inse-

gnamento considerando comportamenti che riguardano non la libertà di insegnamento ma l'abuso di tale libertà». Ma, a parte il fatto che vi sono sottili distinzioni nell'interpretazione dell'istituto dello *ius utendi et abutendi*, e cioè il diritto di usare e il diritto di abusare dei propri diritti, una questione quest'ultima che risale al diritto romano, non si può dimenticare che il collegamento fra i rispettivi interessi che caratterizza i rapporti tra i vari professori porta al risultato che da eventuali situazioni di inadempimento dei doveri di servizio del personale docente non deriva alcuna possibilità di risolvere la maggior parte delle situazioni incresciose che si determinano nella vita quotidiana delle università. Qualcuno dei presenti mi potrà dire: «nella mia facoltà non è così, va tutto bene, non vi è alcuna situazione incresciosa». Io ho insegnato nelle università di Modena, Cagliari, Urbino, Perugia, e Roma (Luiss e “La Sapienza”), penso di avere avuto un'esperienza che mi consente di esprimere un giudizio motivato e articolato sugli ultimi quattro decenni di vita universitaria in Italia e ritengo di potere esprimere con obiettività considerazioni delle quali sono pienamente convinto.

In proposito occorre ritenere che assuma oggi una grande importanza il problema dell'individuazione dei migliori metodi di valutazione dell'attività didattica e scientifica dei professori universitari e delle tendenze che assai spesso portano a un rifiuto della valutazione, problema del quale parlava questa mattina Luigi Paganetto: se si ritiene che occorra contrastare le tendenze all'*autoreferenzialità* che caratterizzano la parte maggiore del mondo accademico in Italia penso sia necessario impostare il problema della valutazione delle attività universitarie affidando i relativi compiti a soggetti terzi ed imparziali.

Concludendo, vorrei dire che la Commissione Martinotti ha impostato il suo lavoro partendo dal presupposto che il sistema dell'autonomia debba essere considerato e disciplinato proponendosi di diffondere la convinzione che i professori non possono, per esempio, richiamarsi alla loro libertà di insegnamento, per stabilire i loro programmi in modo del tutto svincolato dalle esigenze che si pongono per un equilibrato rapporto con i programmi stabiliti dagli altri colleghi.

La situazione del passato non è caratterizzata da aspetti soltanto positivi, vorrei qui ricordare all'Avvocato Di Pace, il quale ha osservato, con riferimento agli anni cinquanta e sessanta, «allora sì che c'era la libertà di insegnamento».

La Commissione Martinotti, nel periodo di circa sei mesi, ha svolto un lavoro pesantissimo, e ha potuto constatare che il passato era difficilmente difendibile se è vero che gli studenti italiani si laureavano all'età media di 28.1 anni e se l'abbandono degli studi universitari riguardava in moltissime università i due terzi degli iscritti; se l'età media dei laureati francesi è di 22 anni, quella degli inglesi di 23 anni, quella dei tedeschi di 24 anni, e se è comunemente avvertita l'esigenza che ci si avvii al mondo del lavoro in un'età più vicina ai vent'anni che ai trent'anni (è questo un dato abbastanza pacifico, condiviso da molti studiosi dei problemi universitari), non si può pensare che gli studenti universitari italiani continuino a laurearsi all'età media di più di ventotto anni.

Più che uno sfogo dovuto a un fatto personale, il mio è uno sfogo dovuto a un fatto istituzionale: la mia partecipazione a una commissione ministeriale che ha elaborato un progetto nel quale sono indicate alcune soluzioni di difficile attuazione e sono stabiliti alcuni obiettivi difficili da raggiungere; e ha svolto i suoi lavori in coerenza con l'idea secondo la quale alcune errate concezioni della libertà di insegnamento hanno costituito per molto tempo un forte ostacolo per l'impostazione di una buona riforma dell'università italiana: ed è questa un'idea che io condivido. Grazie.

## *Libertà delle confessioni e simboli religiosi\**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'ordinanza della Corte costituzionale n. 389 del 2004. - 3. Il problema costituzionale della laicità e la presenza dei simboli religiosi nei locali pubblici. - 4. Simboli religiosi e diritti di libertà: una questione di garanzia dei diritti soggettivi, non di riconoscibilità di interessi legittimi.

1. Nella differenziazione dei contributi prevista per la pubblicazione di questo volume, dedicato all'analisi di cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale riguardante i temi del diritto ecclesiastico, mi è stato affidato il compito di valutare il problema del rapporto tra libertà delle confessioni e simboli religiosi. Molto numerose, nel corso di questo lungo periodo, sono, com'è noto, le pronunce della Corte costituzionale riguardanti le garanzie di libertà nei confronti delle confessioni religiose e dei loro fedeli<sup>1</sup>; numerose, e di grande importanza per la questione qui considerata, sono le sentenze della Corte che riguardano il tema della laicità dello Stato<sup>2</sup>; una sola volta

---

\* In *Studi per i cinquant'anni della Corte costituzionale: il diritto ecclesiastico*, a cura di R. BOTTA, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 217-29.

<sup>1</sup> Per la giurisprudenza costituzionale sulle libertà di religione nei primi trent'anni di attività della Corte, rinvio a S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, III ed., Padova 1986; Id., *Coscienza e libertà. Principi costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Bologna 1989; per il periodo successivo cfr. i fascicoli della rivista *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, in particolare i fascicoli n. 2 di ciascuna annata, nei quali, per i ventuno anni compresi tra il 1984 e il 2005, è riportata la mia rassegna della dottrina di diritto ecclesiastico *Libri e riviste*, prima che la direzione della rivista decidesse di interrompere la pubblicazione della rassegna, e n. 3, nei quali, anno per anno, sono riportate le segnalazioni della giurisprudenza costituzionale.

<sup>2</sup> Per una valutazione del tema della laicità nei cinquant'anni di giurisprudenza della Corte costituzionale, cfr. il mio scritto *La laicità della Repubblica italiana*, nel volume pubblicato per i 50 anni della Corte costituzionale, a cura della rivista *Giur. cost.*, 2006. Cfr. in particolare le sentenze n. 203 del 1989, 13 del 1991, 334 del 1996, 235 e 329 del 1997, per la cui considerazione rinvio, oltre che alle note di commento pubblicate nelle riviste *Giur. cost.*, *Foro it.*, *Giur. it.*, *Dir. eccl.* e *Quad. dir. e politica eccl.*, al recente e interessante contributo di A. PIN, *Il percorso della laicità «all'italiana». Dalla prima giurisprudenza costituzionale al Tar Veneto: una sintesi ricostruttiva*, in *Quad. dir. e*

tuttavia la Corte costituzionale ha affrontato espressamente il problema della legittimità costituzionale della previsione dei simboli religiosi nei locali pubblici: mi riferisco all'ordinanza n. 389 del 13 dicembre 2004, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato la *manifesta inammissibilità* della questione di legittimità costituzionale degli artt. 159 e 190 del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), come specificati, rispettivamente, dall'art. 119 (e allegata tabella C) del r.d. 26 aprile 1928, n. 1297 (Approvazione del regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare), e dall'art. 118 del r.d. 30 aprile 1924, n. 965 (Ordinamento interno delle Giunte e dei Regi istituti di istruzione media), e dell'art. 676 del predetto d.lgs. n. 297 del 1994, sollevata, in riferimento al principio di laicità dello Stato e, comunque, agli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per il Veneto con ordinanza del 14 gennaio 2004<sup>3</sup>.

2. Come ho avuto occasione di affermare nella mia nota di commento alla ricordata ordinanza della Corte costituzionale n. 389 del 2004, la conclusione accolta dai giudici costituzionali doveva a mio avviso essere condivisa e non meritava le critiche espresse, soprattutto nei commenti pubblicati sui giornali, da parte di chi osservava che la Corte si lavava pilatescamente le mani rispetto ad un tema politicamente caldo, mettendosi al riparo da eventuali attacchi sia da parte laica che da parte cattolica e soprattutto da parte della schiera crescente dei "laici devoti"<sup>4</sup>.

---

*politica eccl.*, 2006, p. 203 ss. Per un'indicazione dell'amplissima bibliografia relativa al tema della laicità in Italia, può vedersi la rassegna bibliografica riportata nel sito [www.sergiariccia.it](http://www.sergiariccia.it).

<sup>3</sup> L'ordinanza è pubblicata in *Giur. cost.*, 2004, p. 4280 ss., con osservazioni di S. LARICCIA, *A ciascuno il suo compito: non spetta alla Corte costituzionale disporre la rimozione del crocifisso nei locali pubblici*, *ivi.*, p. 4287 ss., G. GEMMA, *Esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche: una corretta ordinanza di inammissibilità*, *ivi.*, p. 4292 ss., F. RIMOLI, *La Corte, la laicità e il crocifisso, ovvero di un appuntamento rinviato*, *ivi.*, p. 4300 ss., A. ODDI, *La Corte costituzionale, il crocifisso e il gioco del cerino acceso*, *ivi.*, p. 4303 ss. e A. GIGLIO e S. GATTAMELATA, *Il crocifisso: valore universale di un arredo scolastico*, *ivi.*, p. 4309 ss.

<sup>4</sup> Cfr. in tal senso, tra gli altri, l'editoriale di G. VATTIMO, *Quale Croce?*, in *il mani-*

Un'ordinanza di manifesta inammissibilità non può assomigliare, nella forma e nell'esposizione dei motivi, a una sentenza di merito, e in essa è necessario che risultino precisate con chiarezza i motivi della decisione; nella fattispecie le ragioni che costituivano il fondamento dell'ordinanza erano chiare e convincenti; del resto, una pronuncia di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Veneto era stata da molti prevista come probabile e opportuna nel dibattito che, in dottrina, aveva preceduto il giudizio di legittimità costituzionale: in un convegno svoltosi il 28 maggio 2004 nell'Aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara<sup>5</sup>, avevo osservato: «circa le possibilità decisionali della Corte costituzionale, ritengo che la previsione più plausibile consista nell'emanazione di un'ordinanza di inammissibilità, dal momento che il giudice *a quo* avrebbe

---

*festò*, 16 dicembre 2004 e l'articolo di C. SARACENO, *Simboli religiosi e spazi pubblici*, in *l'Unità*, 17 dicembre 2004.

<sup>5</sup> Gli atti del convegno sono stati pubblicati nel volume *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino 2004. A favore della tesi della inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tar Veneto si erano pronunciati, durante il convegno, F. BRUNELLI, *Il fine non giustifica il mezzo. Una via sbagliata (il ricorso alla Corte) per un problema reale (l'esposizione dei simboli religiosi)*, *ivi*, p. 27 ss.; R. BIN, *Inammissibile ma inevitabile*, *ivi*, p. 37 ss. (il quale tuttavia giustamente precisava che «una decisione di inammissibilità può bene seguire ad un ragionamento che affondi nel merito della questione»); M. CARTABIA, *Il crocifisso e il calamaio*, *ivi*, p. 63 ss.; G. GEMMA, *Spetta al giudice comune, non alla Corte costituzionale disporre la rimozione del crocifisso*, *ivi*, p. 159 ss.; S. LARICCIA, *Diritti di libertà in materia religiosa e principi di imparzialità e di laicità delle istituzioni civili: la parola alla Corte costituzionale*, *ivi*, p. 181 ss.; C. MARTINELLI, *Le necessarie conseguenze di una laicità «presa sul serio»*, *ivi*, p. 207 ss.; I. NICOTRA, *Il crocifisso nei luoghi pubblici: la Corte costituzionale ad un bivio tra riaffermazione della laicità di «servizio» e fughe in avanti verso un laicismo oltranzista*, *ivi*, p. 232 ss. Ritenevano invece ammissibile la questione di costituzionalità sollevata davanti alla Corte, tra gli altri, S. CECCANTI, *E se la Corte andasse in Baviera?*, *ivi*, p. 10 ss.; L. BRUNETTI, *Questioni interpretative «minime» e dilemmi costituzionali*, *ivi*, p. 56 ss.; G. D'AMICO, *Il combinato disposto legge-regolamento di esecuzione dinanzi alla Corte costituzionale (note sui profili di ammissibilità dell'ordinanza sul crocifisso)*, *ivi*, p. 106 ss.; G. DI COSIMO, *Le spalle della Corte*, *ivi*, p. 125 ss.; S. PRISCO, *Il valore della laicità e il senso della storia*, *ivi*, p. 273 ss.; A. PUGIOTTO, *La Corte messa in croce dal diritto vivente regolamentare*, *ivi*, p. 284 ss. Con riferimento al problema *Simboli e comportamenti religiosi nella società globale*, cfr. il quaderno n. 5 degli *Annali dell'Università degli Studi del Molise, Dip. di Scienze giuridico sociali e dell'Amministrazione*, a cura di M. PARISI, Napoli 2006.

dovuto emanare una sentenza di annullamento per abrogazione delle norme che regolano la fattispecie sottoposta al suo esame. Non sono invece favorevole all'ipotesi di una sentenza additiva, in quanto non si è in presenza di un problema risolvibile attraverso una discussione quotidiana presso le singole scuole. D'altra parte il nuovo art. 117 co. 2 lett. c) Cost. rinvia alla potestà legislativa statale esclusiva la disciplina dei rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose»<sup>6</sup>.

Il motivo principale che aveva indotto la Corte a ritenere manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità sollevata dal Tar Veneto consisteva nell'affermazione che l'impugnazione delle indicate disposizioni del testo unico costituiva il frutto di un improprio trasferimento su disposizioni di rango legislativo di una questione di legittimità concernente le norme *regolamentari* richiamate: norme prive di forza di legge, sulle quali non può essere invocato un sindacato di legittimità costituzionale, né, conseguentemente, un intervento interpretativo della Corte costituzionale.

Perplessità su tale argomento esposto dalla Corte possono avere studiosi di discipline diverse rispetto al diritto costituzionale, come Chiara Saraceno o come Gianni Vattimo, capaci quasi sempre, a mio giudizio, di commentare con efficacia, nei loro interventi sui giornali, le questioni poste dell'attualità della vita quotidiana; Vattimo, nell'editoriale sopra ricordato, premesso che la Corte Costituzionale «avrà certo avuto le sue buone ragioni tecniche», critica l'ordinanza n. 389 del 2004 affermando che essa «suscita una sensazione di disagio e, diciamolo pure, di vergogna», che essa esprime «il perenne sostrato clerico-fascista-moderato, il vero e proprio zoccolo molle della società italiana» e che su un insieme di problemi di rilevante valore come quello sottoposto al suo esame un consesso come quello dei custodi della Costituzione «non dovrebbe rifiutare di pronunciarsi». È noto tuttavia che, in base, all'art. 134 cost., che si riferisce a *leggi ed atti aventi forza di legge*, il sindacato sui regolamenti è istituzionalmente sottratto alla Corte costituzionale<sup>7</sup> e che la pronuncia di inammissibilità di una questione di costituzio-

---

<sup>6</sup> S. LARICCIA, *Diritti di libertà*, cit., spec. p. 187.

<sup>7</sup> Cfr. per tutti L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, p. 605 ss., spec., p. 633.

nalità riguardante norme di natura regolamentare non rappresenta un indebito rifiuto di giudicare, bensì l'adempimento di un obbligo costituzionale, che impone ai giudici della Corte di non superare il limite posto dall'art. 134 cost.

3. La Corte costituzionale, con la decisione contenuta nell'ordinanza n. 389 del 2004, nella quale si afferma espressamente che, nella fattispecie in esame, non ricorre quella relazione fra norme legislative e norme regolamentari che potrebbe consentire di individuare l'esistenza del "diritto vivente", non ha fatto dunque che applicare la Costituzione<sup>8</sup>, ma è certamente comprensibile la sensazione di perplessità e di scoramento provocata da una vicenda nella quale pare che, mentre in altri Paesi europei, caratterizzati anch'essi dalla presenza di società multiethniche e multiculturali, come la Francia e la Germania, si affronta seriamente (anche se con soluzioni a mio avviso non condivisibili) la questione dei simboli religiosi negli spazi pubblici, nell'ordinamento italiano non sussistano invece soluzioni capaci di perseguire l'obiettivo di attuare un principio, quello di laicità dello Stato e delle istituzioni pubbliche, che da quasi vent'anni, e cioè da quando è stata emessa la sentenza costituzionale n. 203 del 1989, è stato proclamato "principio supremo" dell'ordinamento costituzionale italiano (cfr. anche le successive sentenze nn. 13 del 1991, 149 del 1995, 334 del 1996, 235 e 329 del 1997), senza che da tale proclamazione sia derivata alcuna significativa conseguenza; in proposito deve comunque ricordarsi che la solenne e un pò retorica proclamazione della laicità come *principio supremo dell'ordinamento italiano* rappresenta uno dei casi in cui la Corte ha deluso le aspettative di quanti hanno a cuore

---

<sup>8</sup> Per la valutazione della tesi della sindacabilità delle norme regolamentari, sostenuta in passato da due maestri del diritto costituzionale (C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964 e C. ESPOSITO, *Diritto vivente e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 605 ss.) cfr. L. CARLASSARE, *Regolamento*, cit., in *loc. cit.*; ID., *Il diritto vivente di origine regolamentare all'esame della Corte*, in *Corte costituzionale. Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano 1990, p. 83 ss.; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano 1994, e, con specifico riferimento all'ordinanza della Corte costituzionale n. 389 del 2004 e alla condivisione della decisione contenuta in tale ordinanza, G. GEMMA, *Esposizione del crocifisso*, cit., in *loc. cit.*

le esigenze di laicità della società e dell'ordinamento in Italia, in quanto il giudice delle leggi (relatore il giudice Franco Casavola) ha utilizzato il principio della laicità come fondamento giustificativo dell'insegnamento della religione cattolica «nel quadro delle finalità della scuola e dello Stato», come prevede l'art. 9 del Concordato del 1984: quindi trattasi di un principio elaborato dalla Corte per garantire quello che a mio avviso costituisce un evidente elemento di confessionarietà della scuola pubblica. Una dei tanti naturalmente, se si considera quanti e di quale gravità siano i motivi che inducono ad esprimere forte preoccupazione per il conseguimento dell'obiettivo di una scuola pubblica, laica e democratica in Italia<sup>9</sup> e a continuare ad impegnarsi nella lotta per il conseguimento di tale obiettivo<sup>10</sup>; è sufficiente ricordare in proposito la grave decisione del legislatore di immettere nei ruoli dei professori della scuola italiana molte migliaia di insegnanti di religione cattolica: mi riferisco ovviamente alla l. 18 luglio 2003, n. 186 e al regolamento contenuto nel d.p.r. 22 dicembre 2004, con i quali si sono immessi nei ruoli degli insegnanti statali novemila docenti di religione (ma il numero di tali immissioni è divenuto di recente molto più elevato)<sup>11</sup>.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, non si può certo dire che il principio di laicità si sia pienamente imposto nel nostro ordinamento, poiché, accanto agli articoli 2, 3, 7, c. 1, 8, c. 1, 19, 20, 21, 33, c. 1, vi è una disposizione costituzionale che indubbiamente introduce elementi di confessionarietà nell'ordinamento giuridico italiano, in contrasto con l'opinione, sostenuta in Assemblea costituente da Piero Calamandrei, che contestava il proposito dei costituenti di “richiamare” nella Carta

---

<sup>9</sup> Per una sintesi dei principi costituzionali in tema di scuola cfr. di recente S. LARICCIA, *Gli articoli 33 e 34 della Costituzione* e M.R. RICCI, *Diritto all'istruzione e diritto allo studio*, in [www.treccani.it/site/Scuola/Zoom/Scuola-zoom.htm](http://www.treccani.it/site/Scuola/Zoom/Scuola-zoom.htm).

<sup>10</sup> Sono purtroppo tuttora attuali le considerazioni che l'11 febbraio 1950 faceva Piero Calamandrei in un discorso pronunciato al III congresso dell'associazione a difesa della scuola nazionale, pubblicato con il titolo *Difendiamo la scuola democratica*, in *Scuola democratica*, periodico di battaglia per una nuova scuola (Roma), suppl. al n. 2 del 20 marzo 1950, pp. 1 ss.: il discorso è pubblicato in P. CALAMANDREI, *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. BOBBIO, I, *Storia di dodici anni*, tomo primo, Firenze 1966, p. 388 ss.

<sup>11</sup> Cfr. in proposito A. GIANNI, *La legge sul ruolo degli insegnanti di religione cattolica*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2004, p. 381 ss., F. RIMOLI, *La Corte, la laicità*, cit., in *loc. cit.*, p. 4305 ss.

costituzionale i Patti lateranensi del 1929: è noto infatti che l'art. 7, c. 2, cost. rinvia ai Patti Lateranensi, e dunque anche a quelle norme (art. 1 del Trattato e artt. 1 e 36 del Concordato) che richiamavano il principio della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano e affermavano che *fondamento* dell'istruzione pubblica, di tutta l'istruzione pubblica, dovesse essere l'insegnamento della religione cristiana, secondo la forma ricevuta dalla dottrina cattolica. Nel 1984, con gli Accordi di revisione del Concordato, l'art. 1 del Protocollo Addizionale (richiamato nel D. Lgs. n. 297/1994, T.U. sulla Pubblica Istruzione) segna il superamento del principio della religione cattolica come religione di Stato.

Nel ricordato convegno di Ferrara del maggio 2004 avevo espresso l'opinione che le norme regolamentari che la Corte costituzionale (giustamente) ha ritenuto di non potere sindacare avrebbero dovuto ritenersi abrogate, in quanto chiaramente incompatibili con l'art. 676 del T.U. n. 297 del 1994, ispirato alla concezione della scuola come sede di formazione culturale, nel pieno rispetto della «libertà di coscienza degli studenti e degli insegnanti»: il T.U. del 1994 in materia di istruzione di ogni ordine e grado si basa sul superamento del principio della religione cattolica apostolica romana come religione ufficiale dello Stato italiano, principio a cui erano invece ispirate le norme regolamentari degli anni 1924, 1926, 1928 che prescrivevano l'affissione del crocefisso nelle aule scolastiche. Nell'ordinanza della Corte vi è un passaggio importante che induce a ritenere inesatta la tesi dell'abrogazione, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 676 sopra ricordato, delle norme regolamentari che prevedevano, nel periodo fascista, la presenza del crocefisso nei locali scolastici: il periodo nel quale si parla di «*eventuale salvezza*» (il corsivo è mio) di norme non incluse nel testo unico del 1994, e non incompatibili con esso, e si precisa che tale «salvezza» «può concernere solo disposizioni legislative, e non disposizioni regolamentari, essendo solo le prime riunite e coordinate nel testo unico medesimo, in conformità alla delega di cui all'art. 1 della legge 10 aprile 1991, n. 121, come sostituito dall'art. 1 della legge 26 aprile 1993, n. 126».

Condividendo la giusta considerazione contenuta nell'ordinanza n. 389 (un'ordinanza a mio avviso tutt'altro che stringata e superficiale), le indicate disposizioni regolamentari non possono ritenersi confermate, né abrogate in applicazione dell'art. 676 del t.u. n.

297 del 1994; esse tuttavia devono ritenersi a mio avviso abrogate a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione e, nel 1984, della disposizione concordataria che ha previsto l'abrogazione del principio della religione cattolica come sola religione dello Stato.

4. Sono convinto che, per il futuro, l'unica strada percorribile per avviare a soluzione la questione della presenza dei simboli religiosi nei locali pubblici, escludendo la soluzione di una riforma legislativa, in una situazione nella quale per il momento non sono certo prevedibili iniziative legislative volte al superamento degli elementi di confessionarietà che caratterizzano l'ordinamento italiano (è sufficiente pensare all'entrata in vigore della legge, già ricordata, n. 186 del 2203, che attribuisce allo Stato l'onere finanziario per la retribuzione degli insegnanti di religione nella scuola pubblica), è quella che si presenta in ogni caso in cui si evidenzia, con riferimento ai regolamenti, la carenza di ogni altro strumento di garanzia: la soluzione auspicata da Valerio Onida, giudice relatore del giudizio di legittimità costituzionale concluso con l'emissione dell'ordinanza n. 389 del 2004, in una nota di commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 72 del 1968. Con tale sentenza la Corte, dopo avere dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 142 del regolamento per gli istituti di prevenzione e pena approvato con r.d. 18 giugno 1931, n. 787, che prescriveva l'obbligo della frequenza delle pratiche collettive del culto cattolico per tutti i detenuti che, al momento dell'ingresso nello stabilimento non avessero dichiarato di appartenere ad altra confessione religiosa, in riferimento agli artt. 19 e 21 cost. (poiché il decreto contenente la norma denunciata non era un atto avente forza di legge), aveva però stabilito che le norme regolamentari, quando siano ritenute illegittime per contrasto con la Costituzione, possono e debbono (non diversamente dai casi in cui siano ritenute illegittime per contrasto con leggi ordinarie) essere disapplicate, ai sensi dell'art. 5 della l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E, dai giudici chiamati a farne applicazione<sup>12</sup>. La Corte riteneva che, nella fattispecie sussistesse

---

<sup>12</sup> La sentenza della Corte n. 72 del 1968 è pubblicata in *Giur. cost.*, 1968, p. 1031 ss. con nota di V. ONIDA, *Sulla «disapplicazione» dei regolamenti (a proposito della libertà religiosa dei detenuti)*, *ivi*, p. 1032 ss.

una delle ipotesi nelle quali il vizio dell'atto normativo consistesse in un diretto contrasto del disposto regolamentare con un principio costituzionale, ed esso non fosse in alcun modo trasferibile a carico di alcuna disposizione di valore legislativo<sup>13</sup>.

Tale ipotesi è anche ravvisabile nella fattispecie della presenza dei simboli religiosi nei locali scolastici, non potendosi a mio avviso condividere i tentativi volti a sostenere la tesi che le norme secondarie in tema di affissione del crocifisso nelle aule scolastiche costituiscono specificazione di altre norme di legge: tali disposizioni regolamentari si pongono in diretto contrasto con diritti e principi costituzionali tra i più coesenziali all'ordinamento, come quelli che garantiscono i diritti inviolabili degli uomini e delle donne (art. 2 cost.), l'eguaglianza dei cittadini e delle confessioni religiose davanti alla legge (artt. 3 e 8, c. 1, cost.), le libertà di religione e di culto – libertà sia delle confessioni religiose, sia dei singoli cittadini, anzi di tutti gli individui ai quali sono garantiti i diritti costituzionali riguardanti le libertà di religione e verso la religione – (artt. 8, 19 e 21 cost.), la neutralità delle istituzioni pubbliche e l'imparzialità delle istituzioni scolastiche pubbliche di fronte al fenomeno religioso: imparzialità che deve realizzarsi attraverso la mancata esposizione di simboli religiosi piuttosto che attraverso l'affissione di una pluralità di simboli, che non potrebbe in concreto essere esaustiva e comunque finirebbe per ledere la libertà religiosa negativa di coloro che non hanno alcun credo religioso<sup>14</sup>. La circostanza che in questa materia sia in gioco la garanzia di diritti soggettivi di libertà deve essere posta in rilievo considerando la giusta tendenza favorevole a ritenere opportuna l'introduzione, per tutte le situazioni soggettive a contenuto e funzione non patrimoniali (diritti di libertà, diritti della personalità, ecc.), di processi sommari sganciati da qualsiasi valutazione *lato sensu* discrezionale di urgenza o di irreparabilità del pregiudizio<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. in proposito le giuste osservazioni di V. ONIDA, Sulla «*disapplicazione*» dei regolamenti, p. 1036.

<sup>14</sup> Cfr. in proposito F. RIMOLI, *Laicità*, in *Dizionario costituzionale*, a cura di M. AINIS, Roma-Bari 2000, p. 269 ss., spec. p. 270.

<sup>15</sup> Cfr. in tal senso A. PROTO PISANI, *Linee di una politica di pronto intervento nella giustizia civile. Il valore della Costituzione*, in *dem. e dir.*, 2005, p. 115 ss., spec. p.

Sottratti al sindacato di costituzionalità della Corte costituzionale, i regolamenti sono sottoposti al regime degli atti amministrativi: essi sono dunque *disapplicabili* dal giudice ordinario e annullabili dal giudice amministrativo qualora risultino in contrasto con norme di fonte legislativa.

La competenza a pronunciarsi su queste fattispecie spetta al giudice ordinario<sup>16</sup>: specialmente dopo che la Corte costituzionale, con la sentenza della n. 204 del 2004<sup>17</sup>, ha definitivamente stabilito che la giurisdizione in tema di lesione di diritti soggettivi spetta ai giudici ordinari. La giurisdizione del giudice ordinario nelle questioni riguardanti la valutazione dell'esposizione e della rimozione dei simboli religiosi nei locali scolastici era stata giustamente affermata dal Tribunale dell'Aquila, con l'ordinanza del 22 ottobre 2003, con la quale, in applicazione dell'art. 700 del codice di procedura civile, era stata decisa la rimozione del crocifisso dalle aule di un istituto scolastico di Ofena in Abruzzo<sup>18</sup>. La soluzione giurisprudenziale, indicata dalla Corte costituzionale sin dal 1968 nella sentenza n. 72, con la netta affermazione circa il potere-dovere dei giudici di disapplicare, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 2248 del 1865, all. E, i regolamenti ritenuti incostituzionali, confida nei risultati affidati al sindacato diffuso di costituzionalità sulle disposizioni regolamentari<sup>19</sup>. È certamente una strada più lunga e incerta rispetto a quella

---

122: il quale osserva che «questo risultato sarebbe agevolmente conseguibile attraverso un aggancio ai provvedimenti di urgenza così come modificati dalla legge 80/2005».

<sup>16</sup> Cfr. L. COEN, *La giurisdizione amministrativa tra libertà di coscienza e interesse dell'organizzazione scolastica*, in *La laicità crocifissa?*, cit., p. 81 ss., che giustamente ricorda le «mire espansionistiche, spesso anche avallate dal legislatore» di un giudice amministrativo sempre più favorevole ad estendere la propria giurisdizione, anche al di là di una lettura prudente dell'art. 103 cost.

<sup>17</sup> La sentenza è pubblicata in *Giur. cost.*, 2004, con mia nota di osservazioni, *Limiti costituzionali alla "discrezionalità" del legislatore ordinario nella disciplina della giustizia amministrativa*, *ivi*, p. 2220 ss.

<sup>18</sup> Può vedersi il mio scritto, di adesione all'ordinanza del Tribunale di dell'Aquila, *Problemi in tema di laicità dello Stato e delle istituzioni civili*, in *Studi in memoria di Livio Paladin*, Padova 2004.

<sup>19</sup> A proposito dell'esigenza che i giudici comuni si facciano carico di problemi di costituzionalità, anche se questi costituiscono «patate bollenti» nelle loro mani, cfr. le giuste osservazioni di G. GEMMA, *Esposizione del crocifisso*, cit., in *loc. cit.*, spec. p.

rappresentata da una dichiarazione di illegittimità costituzionale emessa dal giudice delle leggi: ma, considerando gli ostacoli (costituzionali) che vi sono per tale soluzione, è un obiettivo che occorre perseguire con impegno e tenacia da parte di singoli e di organizzazioni consapevoli della grande importanza che nel nostro paese assumono il principio di laicità e il rispetto dei diritti di libertà e di pluralismo in materia religiosa.

Con riferimento alla vita della scuola, ritornano alla memoria, per ricordare ancora una volta Piero Calamandrei, le sue parole che richiamano le idee della vecchia scuola di Gaetano Salvemini e di Augusto Monti (idee semplici: «la serietà, la precisione l'onestà, la puntualità») e ribadiscono l'importanza della funzione della scuola, «un organo vitale della democrazia» nella quale non si creano cose ma coscienze, e degli insegnanti della scuola pubblica, consapevoli dell'importanza del loro compito di fare il proprio dovere in una scuola che «sia una scuola del carattere, formatrice di coscienze, formatrice di persone oneste e leali»<sup>20</sup>.

L'esigenza di trovare una giusta soluzione è sempre più urgente, come dimostra il numero dei casi in cui si presenta il problema della rimozione dei simboli religiosi nei locali pubblici e delle polemiche che suscita la presenza di un simbolo sacro in una istituzione laica. È noto d'altra parte che vi sono oggi in Italia circa tre milioni di immigrati e che tale numero è previsto che giunga nel prossimo decennio ai sei milioni; nella scuola di ogni ordine e grado il numero di bambini e di ragazzi di religione diversa rispetto a quella cattolica è in vertiginoso aumento e in aumento sono i casi in cui viene ritenuta inaccettabile, nella comune sensibilità, la presenza di simboli religiosi nei locali delle istituzioni pubbliche. Per riferire l'ultimo episodio a me noto, ricordo quanto è avvenuto in un seggio elettorale del comune di Roma, il 28 maggio 2006, prima dell'inizio delle votazioni delle elezioni amministrative, quando un

---

4399 ss., che ricorda il consistente indirizzo dottrinale che ha espresso un *favor* verso il sindacato diffuso di legittimità costituzionale e cita al riguardo l'opera collettanea *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, a cura di E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, Torino 2002 e il manuale di A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, p. 209 ss.

<sup>20</sup> P. CALAMANDREI, *Difendiamo la scuola democratica*, cit., p. 402.

rappresentante di una lista elettorale ha ritenuto “doveroso” sottolineare la laicità delle pubbliche istituzioni e ha tolto da un’aula di una scuola elementare nella quale si svolgevano le operazioni elettorali il crocefisso che era su una parete dell’aula. Interrogato sui motivi del suo gesto ha dichiarato: «... credo nell’assoluta neutralità del seggio elettorale» e alla domanda «E la croce sul muro rende meno neutro l’ambiente?» ha risposto: «Si tratta di un simbolo. A volte usato anche per fini politici. Io mi sono attenuto a una precisa sentenza della Cassazione che a Perugia ha accettato la rimozione di un crocifisso da un seggio»<sup>21</sup>.

Nell’organizzazione dei poteri pubblici dell’ordinamento italiano, il giudice ordinario è il soggetto più qualificato, tra i soggetti dotati di potere pubblico, per garantire le libertà delle confessioni religiose e di tutti i cittadini (credenti e non credenti, laici e cattolici, per usare le espressioni – molto ambigue per la verità – che di solito si usano per caratterizzare le contrapposizioni in tale materia), che risultino violate a causa della presenza di un simbolo religioso in un locale pubblico; questa affermazione trova una conferma nelle considerazioni svolte nella sentenza della quarta sezione penale della Cassazione n. 439 del 2000, la sentenza alla quale faceva riferimento il rappresentante di lista di Roma, nella circostanza sopra ricordata (relatore della sentenza fu Nicola Colaianni, da molti anni attento studioso dei problemi di diritto ecclesiastico, che svolgeva allora le funzioni di giudice di Cassazione). La Corte era chiamata a giudicare il rifiuto di compiere l’ufficio di scrutatore, durante le consultazioni elettorali, da parte di un soggetto che aveva motivato il suo comportamento con la presenza del crocefisso nei seggi (il simbolo per la verità non era presente nell’aula nella quale avrebbe dovuto prestare il proprio ufficio, ma era presente nelle sedi nelle quali si svolgevano le operazioni elettorali); il giudice di merito aveva emesso una sentenza di condanna per il rifiuto di assumere l’ufficio, ai sensi dell’art. 108 d.p.r. n. 361 del 1957, e la Corte di Cassazione aveva annullato senza rinvio la sentenza di condanna, ritenendo che si era verificato «un conflitto tra la personale ade-

---

<sup>21</sup> Cfr. la cronaca di A.M. LIGUORI, “Chiedo scusa ma non volevo offendere chi è religioso”, in *la Repubblica*, 20 maggio 2006, pp. 6 e I (della cronaca di Roma).

sione al principio supremo di laicità dello Stato e l'adempimento dell'incarico a causa dell'organizzazione elettorale in relazione alla presenza nella dotazione obbligatoria di arredi dei locali destinati ai seggi elettorali, pur se casualmente non di quello di specifica designazione, del crocifisso o di altre immagini religiose». La parte più significativa della sentenza emessa dalla Cassazione consiste a mio avviso nell'aver i giudici considerato il seggio elettorale, così come ogni altro locale pubblico, come luogo deputato al conflitto tra i vari sistemi valoriali presenti nella società e nell'aver essi ritenuto come un aspetto della laicità la *neutralità*, la quale impedisce «che il sistema contingentemente affermatosi getti le basi per escludere definitivamente gli altri sistemi». Altro aspetto essenziale rilevabile nella sentenza della Cassazione è quello che differenzia la sua posizione da quella, sostenuta dal Consiglio di Stato, nel parere nel 63 del 1988 ed anche dalla recente pronuncia della sesta sezione del Consiglio di Stato 13 febbraio 2006, n. 556<sup>22</sup>, laddove i giudici della Cassazione non ritengono di potere ammettere che il crocifisso sia un simbolo «universale, indipendente da una specifica confessione religiosa».

A mio avviso una tutela effettiva dei diritti di libertà in materia religiosa di tutte le persone, considerate sia come singoli individui sia come componenti delle formazioni sociali ove si svolge la loro personalità, e delle garanzie di libertà riconosciute alle confessioni religiose nell'ordinamento italiano può essere assicurata soltanto da giudici della giustizia ordinaria, da giudici cioè impegnati nel riconoscimento dei *diritti* dei cittadini; l'esperienza di chi conosce la giurisprudenza amministrativa credo dimostri a sufficienza che

---

<sup>22</sup> La decisione è pubblicata in *Foro it.*, 2006, II, c. 181 ss., con nota di A. TRAVI, *Simboli religiosi e giudice amministrativo* nella quale l'a. condivide la soluzione accolta dal Consiglio di Stato, che ha ritenuto non in contrasto con il principio di laicità dello Stato le disposizioni regolamentari che prevedono la collocazione del crocifisso nelle aule delle scuole statali. Vi sono invece a mio avviso molte ragioni che inducono ad esprimere forti perplessità sulla tesi sostenuta dal Consiglio di Stato; tuttavia non è questa la sede per considerare il problema delle radici cristiane dell'identità italiana e dei principi fondamentali sulla persona sui quali si basa l'ordinamento italiano nella nostra tradizione: in proposito, mi limito a rinviare al mio saggio *Le radici laiche dell'Europa*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. PANUNZIO, Napoli 2005, p. 247 ss. (che può anche essere letto in [www.sergiolariccia.it](http://www.sergiolariccia.it)).

minori garanzie, per il rispetto dei diritti di libertà e di pluralismo riconosciuti dalla nostra Costituzione, possono invece derivare dall'opera dei giudici amministrativi, istituzionalmente dediti al riconoscimento e alla valutazione degli *interessi legittimi* collegati al raffronto con le esigenze di rispetto del pubblico interesse, giudici per i quali non sussistono le garanzie di indipendenza che solo ai giudici ordinari spettano nel nostro ordinamento<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr. in proposito S. LARICIA, *Diritto amministrativo*, II vol., Padova 2006, p. 86 ss.

## *La laicità della Repubblica italiana\**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Valori costituzionali e disciplina costituzionale del fenomeno religioso in Italia. - 3. Il problema costituzionale della laicità: il caso italiano. - 4. La giurisprudenza costituzionale in materia ecclesiastica del primo decennio. In particolare, la tutela penale dei culti. - 5. L'inammissibilità della questione di costituzionalità dell'art. 5, comma 3, del Concordato - 6. Il periodo degli anni 1966-1975. Il dialogo tra Corte costituzionale e Parlamento. - 7. La sentenza della Corte costituzionale n. 195 del 1972 sul "caso Cordero". - 8. Il periodo degli anni 1976-1985. - 9. Il periodo degli anni 1986-1995. La "scoperta" del "principio supremo di laicità dello Stato". - 10. Il periodo degli anni 1996-2006. Laicità della Repubblica e tendenze pluralistiche della società multiculturale in Italia.

1. L'Italia è «una Repubblica democratica» fondata sul lavoro: con questa disposizione contenuta nell'art. 1 si apre la Costituzione dell'Italia repubblicana, approvata il 27 dicembre 1947; altre costituzioni, a differenza di quella italiana, contengono un espresso riferimento al principio di laicità: così per esempio la Costituzione francese del 1958 stabilisce che la Francia è una «Repubblica democratica, laica e sociale». E tuttavia, pur in assenza di disposizioni costituzionali che qualificano *espressamente* lo Stato italiano e le sue istituzioni con riferimento al principio di laicità, il problema dell'alternativa laicità/confessionalità, che era stato discusso durante i lavori dell'Assemblea costituente, ha dominato il dibattito sui caratteri dello Stato italiano dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1948 e la discussione sul carattere confessionale o laico dello Stato italiano ha costituito una questione di primaria importanza nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi cinquant'anni. Come vedremo, è soltanto nel 1989 che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 203 di quell'anno, ha riconosciuto il carattere di «principio supremo dell'ordinamento

---

\* In *Studi per i cinquant'anni della Corte costituzionale*, a cura di A. PACE, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 415-44.

costituzionale italiano» con riferimento al principio di laicità dello Stato, ma anche negli anni precedenti molte e importanti sono state le pronunce nelle quali la Corte ha affrontato la questione del carattere laico del nostro ordinamento: è per questa ragione che, in questo scritto, dopo un breve inquadramento del problema consistente nel precisare il rapporto tra valori costituzionali e disciplina giuridica del *fatto* religioso, nel primo paragrafo, e alcune considerazioni introduttive sul significato che assume il problema costituzionale della laicità in Italia, nel secondo paragrafo, mi è parsa opportuna una valutazione che tenga conto della distinzione cronologica delle decisioni emesse dalla Corte nel corso degli anni compresi tra il 1956 e il 2006.

A seguito della modifica costituzionale attuata con l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, l'art. 114 cost. prevede che «La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato» e dunque il problema della laicità delle istituzioni repubblicane si pone con riferimento alla Repubblica italiana nel suo complesso e deve ritenersi che, a partire dall'approvazione di tale legge, una valutazione del problema limitata alla considerazione della laicità «dello Stato» non esprima più la nuova realtà istituzionale.

2. Per comprendere e valutare l'influenza che i valori costituzionali hanno esercitato sul sistema legislativo italiano riguardante il problema religioso e, più in generale, sull'esperienza giuridica in materia religiosa nell'Italia democratica degli anni che seguono l'entrata in vigore della Carta costituzionale del 1948, è necessario tenere presenti le condizioni che hanno caratterizzato la vita sociale del nostro paese in tale periodo.

Se si volge uno sguardo al passato e si considera l'atteggiamento del legislatore fascista nei confronti del fenomeno religioso, possiamo agevolmente riscontrare che il rapporto fra l'ordinamento del regime fascista e l'ordinamento espresso dalla Costituzione repubblicana del 1948 è caratterizzato da una contrapposizione fra due "culture" che esprimono una profonda diversità di obiettivi, posizioni ed opinioni.

Le norme costituzionali sul problema religioso rivelano l'esigenza, profondamente avvertita dalle forze politiche che elaborarono la Costituzione del 1948, di tener conto della fallimentare esperienza storica del passato – un passato che, in tema di religione, aveva visto discriminazioni e posizioni di privilegio – e di affrontare alla luce di

tale esperienza il problema consistente nel prevedere una normativa capace di consentire una pacifica convivenza delle organizzazioni sociali con finalità religiosa e un sistema di garanzie conforme alle nuove istanze di libertà espresse dalla comunità.

Un primo compito che si poneva con urgenza al legislatore dell'Italia democratica era quello di una tempestiva riforma della legislazione in materia ecclesiastica e religiosa, capace di assicurare la garanzia dei diritti dei cittadini, singoli e associati, il rispetto della eguaglianza dei cittadini indipendentemente dal culto professato (art. 3 cost.), del principio di separazione fra l'ordine civile e l'ordine religioso (art. 7, comma 1, cost.), delle libertà individuali e collettive in materia religiosa (art. 8, 17, 18, 19, 20, 21, 33 e 38 cost.) e del principio di imparzialità dello Stato in tale materia.

L'esperienza giuridica tuttavia è rappresentata, oltre che dalla legislazione, anche dalle tendenze giurisprudenziali, dalla politica governativa, dagli orientamenti delle forze politiche, dalla prassi amministrativa, dagli indirizzi seguiti nella produzione scientifica, dalle posizioni assunte dall'opinione pubblica, e cioè dagli uomini e dalle donne che compongono la società di un paese e costituiscono i veri protagonisti di tale esperienza.

Per un lungo periodo tuttavia non vengono adeguatamente poste in rilievo le contraddizioni rilevabili nel sistema dopo le innovazioni previste dal Costituente e non vengono evidenziate le nuove potenzialità offerte dai principi costituzionali in materia religiosa per una interpretazione della disciplina legislativa capace di rinnovarne i contenuti e i metodi e di tenere conto dei valori affermati nella Carta del 1948.

Le ragioni che spiegano tale atteggiamento sono numerose e complesse: in proposito non è da sottovalutare l'influenza esercitata da alcune scelte "politiche" adottate dallo stesso Costituente. La difficoltà, apparsa evidente durante il periodo in cui si svolsero i lavori dell'Assemblea costituente, di pervenire a un'intesa tra le forze politiche sulla materia religiosa indusse ad accogliere, su alcuni tra gli aspetti più specifici della questione religiosa – rapporti tra Stato e Chiesa cattolica, relazione tra le garanzie di libertà e di eguaglianza, tutela degli interessi individuali e collettivi, libertà *nelle* istituzioni e *delle* istituzioni, limiti alle libertà individuali e collettive in tema di religione, pluralismo religioso, libertà della scuola privata ecc. –, le soluzioni capaci di soddisfare le aspirazioni promananti dalle diverse

correnti politiche. È noto d'altra parte che la Costituzione italiana è stata la sintesi di un compromesso tra forze politiche concorrenti tra loro; il tentativo di pervenire a soluzioni unitarie sulle quali concordassero le formazioni politiche presenti nell'Assemblea costituente non soltanto traspare nel policentrismo, nel regionalismo, nel pluralismo sociale, ma fa sì che alla Costituente venga elaborato un sistema di garanzie nel quale i diritti di libertà delle Carte ottocentesche soffocati dal regime fascista convivono, in un reciproco collegamento, con i diritti sociali di cui sono portatori i movimenti socialisti<sup>1</sup>.

Una prima contraddizione è possibile riscontrare proprio nell'art. 7 cost., la cui principale difficoltà di interpretazione deve farsi risalire alla volontà del Costituente di prevedere nella stessa disposizione due principi non facilmente conciliabili tra loro: il riconoscimento delle rispettive sovranità dello Stato e della Chiesa cattolica (ciascuno nel proprio ordine) contemplato nel comma 1 e la disciplina pattizia dei loro reciproci rapporti richiamata nel comma 2 della stessa disposizione.

Dal punto di vista politico e giuridico la conferma della intangibilità dei Patti stipulati nel 1929 e l'interpretazione che, con varie sfumature, sostiene il principio della prevalenza del sistema concordatario e delle sue singole disposizioni sui principi costituzionali del 1948 determinano la grave conseguenza che per molti anni l'azione dello Stato viene vincolata all'osservanza di un'etica confessionale e le minoranze religiose nel nostro paese vengono a trovarsi in una condizione di vergognosa mancanza di libertà<sup>2</sup>.

Si spiega così come rimangano senza alcun effetto i ripetuti tentativi con i quali i rappresentanti delle minoranze religiose in Italia chiedono l'abrogazione della legislazione sui «culti ammessi» (l. 24 giugno 1929, n. 1159 e r.d. 28 febbraio 1930, n. 289) e l'applicazione del principio contenuto nell'art. 8, comma 3, cost., che riconosce alle rappresentanze delle confessioni diverse dalla cattolica il potere di stipulare le intese con lo Stato, sulla cui base avrebbe dovuto essere

---

<sup>1</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Profilo ideologico del Novecento*, in *Storia della letteratura italiana* a cura di E. CECCHI e N. SAPEGNO, IX, Firenze 1969, p. 121 ss., spec. p. 218.

<sup>2</sup> Con riferimento a tale periodo cfr. S. LARICCIA, *La libertà religiosa nella società italiana*, in AA.VV., *Teoria e prassi delle libertà di religione*, Bologna 1975, p. 313 ss.; ID., *La politica ecclesiastica italiana nel secondo dopoguerra*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, II, Milano 1976, p. 816 s.

emanata dopo il 1948, per preciso impegno costituzionale, la legislazione riguardante i culti diversi dal cattolico.

Anche con riguardo alla disciplina giuridica delle minoranze religiose, come con riferimento a molte altre materie, rimangono in vigore le disposizioni legislative emanate durante il ventennio fascista, che contengono principi illiberali e sono ispirati all'attuazione di valori ben diversi rispetto a quelli che caratterizzano il nuovo ordinamento democratico.

Si verifica così una situazione paradossale per cui, pur in presenza di una Costituzione composta da disposizioni capaci di assicurare una adeguata garanzia delle libertà democratiche relative al *fatto* religioso, per circa un decennio dopo l'entrata in vigore della Costituzione, si assiste a una sistematica violazione delle norme poste a tutela delle libertà di religione e si nota una scarsissima sensibilità per l'attuazione dei nuovi valori costituzionali. «La situazione di fatto italiana è assai semplice: – osservava Arturo Carlo Jemolo nel 1952 – non sono mai entrati in vigore l'art. 19 della Costituzione [...]; non è mai entrato in vigore l'art. 8 [...]; mai, almeno in questa materia, l'art. 17 [...]. Per il Ministero dell'Interno [...] non esistono che gli articoli 1° e 2° del r.d. 28 febbraio 1930 n. 289 [...] e l'art. 18 del t.u. della legge di p.s. 18 giugno 1931 [...]. Noi pensiamo che queste norme siano chiaramente abrogate dalla Costituzione; il Ministero degli Interni ritiene che no, che le riunioni per scopo religioso non possano fruire della libertà di cui fruiscono tutte le altre riunioni [...]. Non c'è cioè in Italia neppure quella libertà di *devotio domestica*, che era largamente accordata alle minoranze religiose già prima della Rivoluzione francese, e di cui almeno gli stranieri fruivano pure nella Roma dei Papi. È questo per molti di noi un argomento penoso, perché non possiamo non considerare che ciò che si verifica in Italia sarebbe impensabile in ogni Paese al di là delle Alpi [...]»<sup>3</sup>.

La tendenza a svalutare l'importanza dei principi costituzionali per una modifica del sistema legislativo e l'orientamento favorevole a interpretare in senso restrittivo le garanzie contemplate nella Costituzione e a negare l'influenza dei valori costituzionali sull'esperienza giuridica relativa al fenomeno religioso caratterizzano, nei primi anni

---

<sup>3</sup> A.C. JEMOLO, *Libertà religiosa*, in *Il Mondo*, 10 agosto 1954, p. 2.

dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la politica del governo, le prevalenti posizioni dottrinali e giurisprudenziali, la prassi amministrativa e l'atteggiamento dell'opinione pubblica.

3. Anche se si ritiene assai spesso «la laicità un valore scontato, un cardine del nostro ordinamento»<sup>4</sup>, nella legislazione italiana positivamente volta a disciplinare il fenomeno religioso non si rinvencono riferimenti espliciti al principio di laicità: non soltanto nelle fonti della legislazione ordinaria, ma anche nell'enunciazione dei principi costituzionali<sup>5</sup>. Questa è soltanto una delle ragioni che induce una parte della dottrina a ritenere che la qualifica di «laico» risulti incongrua per uno Stato che, come quello italiano, rivela nei confronti del fenomeno sociale religioso un interessamento particolarmente accentuato<sup>6</sup>.

Inoltre si osserva che, non avendo alcun rilievo in sede civile la distinzione tra una «laicità» buona ed un «laicismo» cattivo, distinzione che ha una sua ragion d'essere soltanto in sede ecclesiale, ma che non assume alcun significato nel linguaggio comune<sup>7</sup>, il termine «laico» sta ad indicare solo una parte della società italiana, cosicché non sembra corretto usare lo stesso termine per qualificare la Repubblica italiana, la quale, essendo casa comune di tutti i cittadini, non può essere denominata «laica», così come sarebbe arbitrario qualificarla «cattolica»<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Come osserva, in senso critico, M. TEDESCHI, *Quale laicità? Fattore religioso e principi costituzionali*, in *Dir. eccl.*, 1993, I, p. 548 ss., spec. p. 549.

<sup>5</sup> Cfr. sul punto L. GUERZONI, *Note preliminari per uno studio della laicità dello Stato sotto il profilo giuridico* in *Arch. giur. F. Serafini*, CVXXII, 1967, p. 61 ss.

<sup>6</sup> Cfr. tra gli altri F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna 1990, p. 32, che preferisce parlare di «stato liberale e pluralista».

<sup>7</sup> Se si consulta uno dei più diffusi vocabolari della lingua italiana, quello di Giacomo Devoto e Gian Carlo Oli, edito dalla casa editrice Le Monnier di Firenze, può constatarsi che con il termine di *laicità* si intende l'«estraneità rispetto alle gerarchie ecclesiastiche o alle confessioni religiose» e con quello di *laicismo* si indica l'«atteggiamento che propugna l'indipendenza e l'autonomia dello Stato nei confronti della Chiesa, sul piano politico, civile, culturale»; non sussistono in realtà differenze tra le due espressioni e tra le definizioni che se ne danno ed è solo un astratto artificio retorico quello di chi ritiene che tra le due espressioni ricorra una diversità sostanziale, che dovrebbe portare, nelle intenzioni di chi usa tale artificio, a ritenere ammissibile il principio di laicità e meritevole di aspra contestazione chi sostenga il rispetto dell'esigenza laicista.

<sup>8</sup> F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 33. Sui dubbi che solleva l'attribu-

Queste osservazioni inducono a considerare con estrema cautela la tendenza a tradurre con eccessiva disinvoltura in termini giuridici un'espressione che ha soprattutto una valenza di tipo e nozione di carattere storico-politico. E tuttavia le parole hanno una loro forza intrinseca e, nonostante la consapevolezza che definire lo Stato italiano uno «Stato laico», dal punto di vista dell'ordinamento giuridico italiano significa assai spesso operare una forzatura, si continua tuttavia a scrivere e a parlare, nei contributi e nei dibattiti scientifici, nelle sentenze dei giudici ordinari e costituzionali di laicità dello Stato, di laicità della cultura, della scuola, delle istituzioni civili: ed è per questa ragione che nel titolo di questo lavoro si usa l'espressione di «laicità della Repubblica italiana».

Non esistono in realtà sostanziali differenze tra i due termini di *laicità* e di *laicismo*, nonostante la frequenza con la quale, nella polemica politica, il termine laicista viene usato in senso spregiativo per qualificare (negativamente) chi, con maggiore forza, si propone di ottenere il rispetto delle esigenze di laicità nella società italiana. Nel linguaggio politico contemporaneo, il laicismo si contrappone al confessionalismo, al clericalismo e al fondamentalismo, secondo i quali, con differenze e analogie nell'uso delle tre espressioni, le istituzioni politiche devono essere collegate al rispetto obbligatorio per tutti dei principi religiosi delle chiese o di una chiesa in particolare.

4. Per un lungo periodo, dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, gli organi pubblici, le forze politiche e sociali, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti agiscono come se la Carta costituzionale non esistesse, con la conseguenza che viene ostacolato e rinviato nel tempo il processo di rinnovamento delle istituzioni italiane e il programma costituzionale rimane, come osservava Piero Calamandrei, il programma di «una rivoluzione non ancora attuata, ma promessa per l'avvenire».

Ora è noto che non sono sufficienti l'entrata in vigore di una nuova Carta costituzionale e il mutamento di un regime politico perché si

---

zione allo Stato italiano della qualifica di «laico» v. anche M. TEDESCHI, *Quale laicità?*, cit., il quale osserva: «è con un certo rincrescimento che debbo constatare che nel nostro Paese uno Stato laico non si è pienamente configurato né può configurarsi e che sarebbe pertanto auspicabile determinarne meglio i contorni».

realizzi la modifica dei principi ispiratori del precedente ordinamento e che, nel caso del sopravvenire, a un ordinamento autoritario e/o totalitario, di un ordinamento democratico, può avvenire che per molto tempo il sistema giuridico rimanga pervaso da un clima non coerente con il programma di rinnovamento espresso dai nuovi principi e valori. D'altra parte il diritto serve interessi umani, e questi si iscrivono nel tempo: il ritardo con il quale si provvede alla soddisfazione di un interesse giuridicamente tutelato modifica, talora assai intensamente, la catena di cause ed effetti che i titolari degli interessi protetti erano legittimati ad attendersi.

Non vi è dubbio che la previsione di una moderna democrazia capace di sostituire al principio di autorità attuato dall'ordinamento totalitario fascista l'esigenza della libertà dei singoli e dei gruppi sociali ha trovato in Italia un serio ostacolo, oltre che nella mancanza di disposizioni legislative idonee a precisare come dovesse coordinarsi la Costituzione con il sistema giuridico precedente, nel ritardo con il quale fu istituito l'organo competente a giudicare sulla legittimità costituzionale delle norme subordinate alla Costituzione.

Non è questa la sede per esaminare le ragioni che determinarono il ritardo con il quale la Corte costituzionale cominciò i suoi lavori soltanto nel 1956, ben otto anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione<sup>9</sup>, un ritardo determinato da quello che Piero Calamandrei definì «ostruzionismo della maggioranza»; è opportuno piuttosto ricordare che, poco dopo l'inizio dell'attività della Corte costituzionale, le preoccupazioni maggiori per le conseguenze derivanti dal ruolo che la Corte costituzionale avrebbe potuto esercitare in Italia vennero espresse proprio dal Vaticano, con specifico riferimento alla sentenza n. 1 del 1956, con la quale la Corte aveva dichiarato incostituzionale l'art. 113 della legge di pubblica sicurezza del 18 giugno 1931, n. 731, che prescriveva la necessità di un'autorizzazione di polizia per «distribuire o mettere in circolazione in luogo pubblico o aperto al pubblico scritti o disegni». *L'Osservatore Romano* del 5-6 marzo 1957 riportava il testo di un discorso di Pio XII ai quaresimalisti romani, nel quale il Pontefice criticava severamente questa e altre decisioni

---

<sup>9</sup> Di recente cfr. sul punto L. VIOLANTE, *Lettera ai giovani sulla Costituzione*, Casale Monferrato 2006, p. 28 ss.

della Corte, prendendo lo spunto da alcuni manifesti ritenuti pornografici affissi sui muri di Roma (si trattava della pubblicità di un film francese di cui era protagonista l'attrice Brigitte Bardot fotografata in bikini); queste erano le parole del pontefice: «[...] nella scarsa aspettazione di avere altrove una difesa veramente efficace, massime dopo la pronunciata dichiarazione di illegittimità costituzionale di alcune precedenti norme, occorre che in tali casi i cattolici di Roma difendano da sé i diritti della religione e del buon costume e, in unione con altre oneste persone di ogni tendenza, ma preoccupate della immoralità del popolo, sollevino una energica protesta della pubblica opinione». La protesta del Pontefice determinò una forte tensione tra il Governo e la Corte costituzionale, il cui effetto più grave furono le dimissioni del Presidente della Corte Enrico De Nicola, che era stato il primo presidente della Repubblica italiana.

La Corte costituzionale, istituita nel 1955, con la sua prima sentenza emessa il 23 aprile 1956, respinge la tesi favorevole ad applicare l'istituto della illegittimità costituzionale alle sole leggi anteriori alla costituzione e ritiene costituzionalmente illegittime le disposizioni dell'art. 113, commi 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7, del citato t.u. n. 731 del 1931, circa l'autorizzazione per la distribuzione di avvisi o stampati sulla pubblica strada o per l'affissione di manifesti o giornali o per l'uso di altoparlanti per comunicazioni al pubblico. Nel primo decennio di giurisprudenza costituzionale, le pronunce della Corte relative alle questioni dei rapporti tra Stato e confessioni religiose sono le sentenze n. 45 e 125 del 1957, 36, 59 e 79 del 1958, 58 del 1960, 52 del 1962, 85 del 1963, 39 del 1965 e l'ordinanza n. 15 del 1961<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Con riferimento al periodo degli anni 1956-1965, cfr. in dottrina AA.VV., *Dibattito sulla scuola*, Atti del convegno degli "Amici del Mondo", Bari 1956; P. BELLINI, *Sui conflitti in materia matrimoniale fra ordinamenti laicizzati e ordinamenti a ispirazione confessionale cattolica*, in *Dir. eccl.*, 1956, I, p. 101 ss.; AA.VV., *Stato e Chiesa*, Atti del convegno degli "Amici del Mondo", Bari 1956; P. GISMONDI, *La posizione costituzionale della Chiesa cattolica e delle altre confessioni nel diritto costituzionale ai fini della tutela penale*, in *Giur. cost.*, 1957, p. 1209 ss.; G. SALVEMINI, *Clericali e laici*, Firenze 1957; G. CALOGERO, *Laicismo e confessionalismo sul problema dell'educazione*, in *I problemi di Ulisse*, 1958, fasc. XXXI (*Stato e Chiesa*), p. 81 ss.; P.A. D'AVACK, *Ateismo*, in *Enc. dir.*, III, Milano 1958, p. 964 ss.; P. GISMONDI, *L'interesse religioso nella Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 1221 ss.; AA.VV., *A trent'anni dal Concordato*, Firenze 1959; M. BON VALSASSINA, *Sulla religione dello Stato*, in *Foro it.*, 1959, IV, c. 1 ss.; R. BERARDI,

In coincidenza con l'inizio dell'attività del giudice naturale sulla costituzionalità delle leggi, e certamente non è una coincidenza casuale, si pongono le premesse per una profonda trasformazione della realtà italiana e per un'evoluzione democratica della società civile e dell'ordinamento giuridico, idonee a soddisfare l'esigenza di armonizzazione del sistema rispetto ai valori costituzionalmente garantiti.

Nel 1956, l'anno in cui ha inizio l'attività della Corte, si verificano importanti avvenimenti nel mondo: XX congresso del PCUS, fatti di Suez e di Ungheria, processi di revisione e di ripensamento che sono all'origine della formazione delle "nuove sinistre". Tra le iniziative che sul piano culturale assumono rilievo con riferimento al fattore religioso, ricordo il convegno, tenutosi a Milano l'8 luglio 1956 sul tema *Libertà religiosa e libertà costituzionali*, nel quale i relatori Aldo Capitini, Cesare Magni e Giorgio Peyrot affrontano i temi del convegno ponendo efficacemente in rilievo l'esigenza di considerare la tutela degli interessi religiosi tenendo conto dei nuovi valori garantiti dalla Costituzione.

Negli anni seguenti sono assai numerose le occasioni nelle quali l'attenzione dell'opinione pubblica viene sollecitata da una serie di episodi che inducono ad esaminare la questione religiosa sotto il profilo dei valori costituzionali e dal punto di vista della tutela degli interessi garantiti dalla Costituzione<sup>11</sup>: presentazione di proposte di legge sull'esercizio dei diritti di libertà religiosa e sulla regolamentazione dei rapporti tra lo Stato e le minoranze religiose (1956); discussione

---

"Clericale" e "clericalismo" negli ultimi cento anni, in *il Mulino*, 1960, p. 243 ss.; *Lo Stato catechista*, a cura di A. AQUARONE, Firenze 1961; P.A. D'AVACK, *Confessionismo*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano 1961, p. 929 ss.; ID., *La qualificazione giuridica dello Stato in materia religiosa e l'applicazione allo Stato italiano*, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, I, t. 1°, Milano 1963, p. 277 ss.; R. MORRA, *Laicismo*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino 1963; E.G. VITALI, *Vilipendio della Religione dello Stato. Contributo all'interpretazione dell'art. 402 del codice penale*, Padova 1963; G. CALOGERO, *Le assurdit  del reato di vilipendio*, in *La cultura*, 1964, p. 346 ss.; F. FINOCCHIARO, *Profili costituzionali del reato di vilipendio della religione*, *ivi*, 1964, p. 474 ss.; A.C. JEMOLO, *Vilipendio: delitto o contravvenzione?*, *ivi*, p. 337 ss.; S. LARICCIA, *Tutela dei culti e libert  di offendere. Considerazioni intorno al reato di offesa a culto ammesso nello Stato mediante vilipendio di chi lo professa*, in *Giur. it.*, 1964, II, c. 47 ss.; ID., *Sulla tutela penale delle confessioni religiose acattoliche*, *ivi*, c. 241 ss.

<sup>11</sup> Pu  vedersi in proposito S. LARICCIA, *Stato e Chiesa in Italia. 1948-1980*, Brescia 1981, spec. p. 19.

davanti alla Corte costituzionale delle norme a tutela penale dei culti (1957 e 1958); convegno dell'associazione degli *Amici del Mondo* sul tema dei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica e successiva polemica tra taluni collaboratori de *Il Mondo* ed esponenti del partito comunista (1958); caso del vescovo di Prato (1958); iniziativa dei comunisti a favore di una revisione "democratica" dei Patti lateranensi (1959); rinuncia del Presidente del Consiglio designato per la formazione del governo, On. Antonio Segni, ad avviare un'apertura verso i socialisti, a seguito dell'orientamento negativo emerso in Vaticano (1960). Occorre però riconoscere che assai limitata è l'attenzione che le forze politiche, la stampa, la giurisprudenza, la maggior parte della dottrina dedicano a una valutazione del problema religioso sotto il profilo delle esigenze costituzionalmente garantite; ridotta è la sensibilità per le novità introdotte nell'ordinamento dall'entrata in vigore della Carta costituzionale; eccessiva è l'importanza attribuita al principio della copertura costituzionale (il c.d. "ombrello costituzionale") contenuto nell'art. 7, comma 2, cost., nei confronti delle norme del Concordato, immesse nell'ordinamento italiano dall'art. 1 l. 27 maggio 1929, n. 810, rispetto agli altri principi e valori garantiti dalla Costituzione nella materia religiosa; difficilmente comprensibile è l'impegno con il quale ci si propone spesso di dissociare il tema dei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica dalle novità determinate dal profondo mutamento di regime avutosi nel nostro paese con la caduta del fascismo.

All'inizio degli anni sessanta le nuove concezioni emerse all'interno della Chiesa cattolica durante lo svolgimento dei lavori del Concilio Vaticano II, le prospettive di apertura sociale della Chiesa, l'invito al dialogo rivolto a tutti gli uomini di buona volontà da Giovanni XXIII nelle due famose encicliche *Mater et Magistra* (1961) e *Pacem in terris* (1963) determinano le condizioni favorevoli per il riconoscimento e la garanzia di fondamentali libertà rimaste in precedenza assai spesso prive di tutela nella società italiana: cessa l'emarginazione dei gruppi religiosi di minoranza che aveva caratterizzato i primi quindici anni del secondo dopoguerra; la posizione giuridica dei culti diversi dal cattolico viene valutata con un rispetto che rappresenta una significativa novità nei confronti del passato.

Nel periodo qui considerato può essere ricordato l'orientamento non sempre convincente assunto dalla giurisprudenza nella materia che riguarda il fenomeno religioso: la magistratura ordinaria, soprattutto la

Corte di cassazione, preferisce non sottoporre alla Corte costituzionale alcune questioni di legittimità costituzionale la cui manifesta infondatezza era chiaramente smentita dai sottili e approfonditi argomenti esposti per evitare che sulle questioni medesime si pronunciasse il giudice naturale sulla costituzionalità delle leggi<sup>12</sup>. E la stessa Corte costituzionale ha avuto indubbiamente il merito, fin dalle prime sentenze, emesse tra il 1956 e il 1965<sup>13</sup>, di favorire l'attuazione della Costituzione in alcuni settori dell'ordinamento collegati con i diritti di libertà, ha sentito l'esigenza di operare un costante riferimento alla realtà sostanziale e si è preoccupata giustamente di esaminare la problematica ecclesiasticistica «non più in termini esclusivi di rapporti tra ordinamenti giuridici (Chiesa e Stato), quanto e soprattutto quale situazione di diritto interno volta alla tutela delle situazioni giuridiche di vantaggio di tutti i cittadini»<sup>14</sup>, favorendo così il ritorno del diritto ecclesiastico alla sua originaria funzione di *legislatio libertatis*. E tuttavia la Corte, nella materia ecclesiastica e religiosa, ha accolto talora conclusioni sconcertanti e tali da suscitare molte perplessità: mi riferisco in particolare alle sentenze emesse con riferimento alla formula del giuramento dei testimoni e alla normativa penale sulla tutela dei culti.

Con due decisioni del 1960 e del 1961 la Corte dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale della norma che prevede la formula del giuramento dei testimoni, limitatamente all'espressione

---

<sup>12</sup> Cfr. in proposito S. LARICCIA, *Lezioni di diritto ecclesiastico. I principi costituzionali*, Padova 1974, p. 91.

<sup>13</sup> Ricordo in particolare le sentenze n. 45 del 1957, in *Giur. cost.*, 1957, p. 579 s., 125 del 1957, *ivi*, p. 1209 ss., n. 59 del 1958, *ivi*, 1958, p. 897 ss., n. 79 del 1958, *ivi*, 1959, p. 990 ss., n. 58 del 1960, *ivi*, 1960, p. 737 ss., ord. n. 15 del 1961, *ivi*, 1961, p. 102, sent. n. 52 del 1962, *ivi*, 1962, p. 618 ss., 85 del 1963, *ivi*, 1963, p. 704 ss., n. 39 del 1965, *ivi*, 1965, 602. Per un esame dei principi accolti dalla Corte in tale periodo, cfr. A. TALAMANCA, *Decisioni e orientamenti interpretativi della Corte costituzionale in materia ecclesiastica*, in AA.VV., *La legislazione ecclesiastica*, Vicenza 1967, p. 571 ss.; A. ALBISETTI, *La Corte costituzionale e i problemi del diritto ecclesiastico: formalismo giuridico e attuazione della Costituzione*, in *Riv. trim.*, 1976, p. 586 ss.; F. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza costituzionale in materia ecclesiastica*, in AA.VV., *Stato democratico e regime pattizio*, Milano 1977, p. 69 ss.

<sup>14</sup> A. ALBISETTI, *La Corte costituzionale e i problemi del diritto ecclesiastico*, cit., p. 593.

che riguarda il riferimento alla responsabilità che si assume col giuramento davanti a Dio, nei confronti del testimone che si rifiuti di giurare dichiarandosi ateo (sentenze 13 luglio 1960, n. 58 e 29 marzo 1961, n. 15)<sup>15</sup>; soltanto nel 1979 la Corte, modificando il proprio orientamento, riterrà fondata la questione di legittimità costituzionale proposta con riferimento alla formula del giuramento dei testimoni<sup>16</sup>.

Per quanto riguarda la questione della tutela penale dei culti, per la cui valutazione è opportuno qui rinviare alla ricchissima bibliografia che riguarda questo argomento<sup>17</sup>, la Corte costituzionale, con sent. 30 novembre 1957, n. 125, ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità dell'art. 404 c.p. (offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di cose) in relazione agli art. 7 e 8 cost.<sup>18</sup>, con sent. 30 dicembre 1958, n. 79 ha negato il contrasto dell'art. 724 c.p. con gli art. 7 e 8 cost.<sup>19</sup> e, con sent. 13 maggio 1965, n. 39, ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità dell'art. 402 c.p., in riferimento agli art. 3, 8, 19 e 20 cost.<sup>20</sup>.

In quest'ultima sentenza, in contrasto con la tesi sostenuta da una parte degli studiosi di diritto ecclesiastico, che ritengono incompatibile con la Costituzione e con i principi di un ordinamento democratico l'art. 1 del Trattato lateranense, per il quale «la Religione Cattolica,

---

<sup>15</sup> Cfr. in proposito F. FINOCCHIARO, *Giuramento dei testimoni e libertà religiosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 1253 ss.; F. ONIDA, *Osservazioni in tema di legittimità costituzionale del giuramento*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 228 ss.; M. PISANI, *Il giuramento dei testimoni nel processo penale e la libertà di coscienza*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 1960, p. 271 ss.; C. D'URSO, *In tema di incostituzionalità della formula del giuramento prevista dall'art. 449 c.p.p.*, in *Dir. eccl.*, 1961, II, p. 23 ss.

<sup>16</sup> Per indicazioni sul problema della incostituzionalità del giuramento, esaminato dalla Corte costituzionale con sent. n. 117 del 1979, cfr. S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, II ed., Padova 1982, p. 110.

<sup>17</sup> Vedila riportata nel mio sito [www.sergiolariccia.it](http://www.sergiolariccia.it).

<sup>18</sup> La sentenza è pubblicata in *Giur. cost.*, 1957, p. 1209 ss., con nota di P. GISMONDI, *La posizione della Chiesa cattolica e delle altre confessioni nel diritto costituzionale ai fini della tutela penale*.

<sup>19</sup> Vedila in *Giur. cost.*, 1958, p. 990 ss., con nota di C. ESPOSITO, *La bestemmia nella Costituzione italiana*.

<sup>20</sup> La sentenza 31 maggio 1965, n. 39 è pubblicata in *Giur. cost.*, 1965, p. 609 ss. con osservazione di P. GISMONDI, *Vilipendio della religione cattolica e disciplina costituzionale delle confessioni*.

Apostolica Romana è la sola Religione dello Stato», la Corte costituzionale afferma che il principio contenuto in tale norma, cui si richiama l'art. 402 c.p., può ritenersi tuttora in vigore: ed infatti, osserva la Corte, che conferma la posizione assunta in precedenza nelle sentenze n. 125 del 1957 e n. 79 del 1958, la maggiore ampiezza e intensità della tutela penale, che l'ordinamento italiano assicura alla religione cattolica, corrisponde alla maggiore ampiezza e intensità delle relazioni sociali che suscitano le offese ad essa, in quanto religione della maggior parte degli italiani<sup>21</sup>.

In questa prospettiva riduttiva delle garanzie costituzionali, si può anche ricordare la sent. n. 9 del 1965, con la quale la Corte dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 553 c.p., che commina una pena fino ad un anno di reclusione nei confronti di chi *osi* parlare in pubblico di controllo delle nascite, sostenendo che la norma non ostacola i progressi della scienza medica, né viola la libertà di espressione del pensiero, ma tutela il buon costume (l'art. 553 c.p. verrà poi dichiarato costituzionalmente illegittimo con sent. n. 49 del 1971).

Un esame approfondito dovrebbe qui svolgersi con riferimento alle posizioni assunte dalla dottrina che ha commentato in tale periodo la giurisprudenza della Corte costituzionale: non sono certo mancate le analisi dedicate all'esame dei più significativi valori e principi della Costituzione in materia ecclesiastica e religiosa, ma anche qui è prevalso il peso della tradizione<sup>22</sup> e si è continuato a privilegiare l'ottica istituzionalistica ed interordinamentale.

Con riferimento al tema della tutela penale dei culti, mi limito qui a ricordare il punto di vista espresso da Costantino Mortati nelle sue *Istituzioni di diritto pubblico*: nella settima edizione del 1967, dopo avere affermato che la posizione di privilegio conferita dalla Costituzione alla confessione cattolica «indubbiamente contrasta con l'art. 3 (anche se trova giustificazione in ragioni storiche ed in un diffuso sentimento popolare)» e che «tale posizione non può non riflettersi sui

---

<sup>21</sup> In tema di tutela penale dei culti e principi costituzionali cfr. S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, III ed., Padova 1986, p. 303 ss.

<sup>22</sup> Sulla posizione spesso conservatrice dei giuristi, cfr. G. GROSSO, *Il tradizionalismo dei giuristi*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1951-1953, p. 89 ss. e in *Id.*, *Tradizione e misura umana del diritto*, Milano 1976, p. 35 ss.

singoli appartenenti alle confessioni diverse dalla cattolica, in quanto, anche se non li discrimina nella loro capacità, li priva di certi vantaggi conferiti agli altri, e può quindi operare quale indiretta coercizione a seguire la confessione privilegiata, o come remora all'impulso di aderire ad altre»<sup>23</sup>, Mortati ritiene non convincente la tesi sostenuta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 39 del 1965, secondo la quale l'art. 402 c.p. non contrasta con gli artt. 3 e 19 cost., ribadisce ed accentua la sua critica alla giurisprudenza costituzionale anche nell'ottava edizione delle *Istituzioni*, nella quale contesta la possibilità di porre una distinzione fra critica e vilipendio<sup>24</sup>, ed osserva che occorre previamente accertare se la valutazione critica che si faccia di un sentimento o di una credenza, sia pure diffusa, che si effettui come pura espressione di pensiero, senza offese alle persone o alle cose, sia punibile o se invece non ricada sotto la protezione che l'art. 21 accorda alle manifestazioni del pensiero <sup>25</sup>.

5. Il tema al quale, con riferimento alla politica ecclesiastica italiana, la Corte costituzionale, nel primo decennio della sua attività, ha avuto occasione di dedicare la maggiore attenzione è stato quello, già ricordato, della tutela penale dei culti, che rappresenta uno degli argomenti maggiormente collegati al problema più generale dell'alternativa tra Stato confessionale e Stato laico.

Un'attenzione specifica merita tuttavia in questi anni una sentenza di particolare significato, la sentenza n. 52 del 1962, con la quale la Corte era chiamata ad affrontare la complessa questione dell'interpretazione dell'art. 7 cost., per la norma concernente i rapporti tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica, e il valore dei Patti lateranensi: in

---

<sup>23</sup> *Istituzioni di diritto pubblico*, 7<sup>a</sup> ed., Padova 1967, p. 878. Sul punto rinvio ai miei saggi *Tutela dei culti e libertà di offendere*, cit.; *Sulla tutela penale delle confessioni religiose acattoliche*, cit.; *Principio costituzionale di eguaglianza e tutela penale dei culti*, in *Archivio giuridico F. Serafini*, CLXXI, 1966, pp. 103 ss., spec. p. 106; *Tutela penale detta religione cattolica e libertà di pensiero*, in *Giur. it.*, 1967, II, c. 337.

<sup>24</sup> In proposito la corte costituzionale, con la sent. n. 188 del 1975, ha stabilito che il vilipendio non deve confondersi né con la discussione, né con la critica, e neppure con l'espressione di dissenso da ogni concezione religiosa ma si sostanzia nella contumelia, nello scherno, nell'offesa fine a se stessa.

<sup>25</sup> *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1002.

un giudizio di costituzionalità che aveva suscitato «una grande aspettazione e, cosa non frequente ormai per questi dibattiti, un grandissimo interesse di pubblica opinione»<sup>26</sup>, si portava alla ribalta una delle più discusse norme del Concordato lateranense, ossia quella dell'art. 5, comma 3, riprodotta dall'art. 1 l. n. 810 del 1929, che limitava la capacità e la legittimazione dei c.d. sacerdoti apostati o irretiti da censura, in relazione al principio costituzionale di eguaglianza (tale disposizione è stata abrogata a seguito dell'entrata in vigore del Concordato tra l'Italia e la Santa Sede stipulato a Villa Madama il 18 febbraio 1984, che in relazione all'art. 1 del Concordato lateranense stabilisce che «Si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti Lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano»): si sollevava infine la questione del significato specifico del principio democratico in quanto libera scelta di titolari di uffici pubblici. La fattispecie esaminata dalla Corte riguardava il caso del sindaco di Ucria, Francesco Paolo Niosi, difeso nel giudizio costituzionale dagli avv. Lelio Basso e Lucio Luzzatto, ritenuto ineleggibile alla carica di consigliere comunale e quindi di sindaco, in quanto sacerdote apostata e in applicazione dell'art. 5, comma 3, del Concordato 11 febbraio 1929 tra la Chiesa cattolica e lo Stato.

Come notava Massimo Severo Giannini nella sua osservazione alla sentenza «tutte le aspettative sono andate deluse, perché la Corte, in palese contraddizione con la sua stessa giurisprudenza, ha ritenuto fondata un'eccezione pregiudiziale proposta dall'Avvocatura dello Stato...» e «la pronuncia della Corte va considerata come un comodo accorgimento, se non addirittura come un espediente, per sottrarsi alla responsabilità di una decisione molto impegnativa»<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> M.S. GIANNINI, *Osservazione a Corte cost. 14 giugno 1962, n. 52*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 620 ss., spec. p. 620. Cfr. anche il commento alla sentenza di A. PIZZORUSSO, *Giurisdizione e amministrazione sul contenzioso elettorale amministrativo*, in *Giur. it.*, 1962, I, c. 1301 ss., che rileva le oscurità della pronuncia.

<sup>27</sup> *Ivi*, p. 621 e 622; Giannini, a conclusione del suo commento critico alla sentenza, osserva: «Si può quindi concludere e anzi chiudere questa poco brillante pagina. In sintesi i casi erano due: o la Corte costituzionale teneva fede ai concetti che aveva espresso nelle ricordate sent. n. 42, 43, 44 del 1961 e allora non poteva non riconoscere carattere giurisdizionale al consiglio comunale nell'emissione della pronuncia concernente l'eleggibilità di suoi consiglieri; o abbandonava l'ordine di concetti a cui aveva aderito, ma allora doveva motivarlo e spiegarlo».

6. Nel decennio 1966-1975 sono da ricordare, in particolare, le sentenze n. 72 del 1968, 30, 31, 32 e 169 del 1971, 12, 31 e 195 del 1972, 14, 175 e 176 del 1973, 225 del 1974, 50 e 188 del 1975 e le ordinanze n. 34 del 1971, 127, 169 e 261 del 1974, 193 del 1975<sup>28</sup>.

Con riferimento alla questione della tutela penale dei culti, si devono ricordare la sentenza 27 febbraio 1973, n. 14, che ha respinto la questione di costituzionalità dell'art. 724 c.p., in riferimento agli art. 3, 8, 19 e 21 cost. e la sentenza 8 luglio 1975, n. 188, che ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità dell'art. 403 c.p., in riferimento agli art. 21 e 25 cost., considerando invece inammissibili, per manifesta irrilevanza, la questione di costituzionalità dell'art. 405 c.p., nonché, in riferimento all'art. 3 cost., quella dell'art. 403 stesso codice.

Il decennio 1966-1975 è un periodo di grande importanza per la giurisprudenza costituzionale in materia ecclesiastica, anche per il collegamento che è necessario considerare con le riforme legislative riguardanti l'approvazione della legge sullo scioglimento del matrimonio (legge 1° dicembre 1971, n. 898) e con il vivacissimo dibattito che ha caratterizzato la contrapposizione nella società italiana tra

---

<sup>28</sup> Con riferimento al periodo degli anni 1966-1975, cfr. in dottrina A. CLAUSSE, *L'educazione laica oggi*, Firenze 1966; S. LARICCIA, *Gruppi sociali ed eguaglianza giuridica*, cit.; Id., *Principio costituzionale di eguaglianza e tutela penale dei culti*, in Arch. giur. F. Serafini, CLXXI, 1966, p. 103 ss.; G. CALOGERO, *Quaderno laico*, Bari 1967, 466; G. CAPUTO, *Il problema della qualificazione giuridica dello Stato in materia religiosa*, Milano 1967; L. DE LUCA, *La qualifica dello Stato in materia religiosa*, in AA.VV., *La legislazione ecclesiastica*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza 1967, p. 325 ss.; L. GUERZONI, *Note preliminari per uno studio della laicità dello Stato sotto il profilo giuridico*, cit.; S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano 1967; Id., *Giurisdizione ecclesiastica*, in Enc. dir., XIX, Milano 1969, p. 469 ss.; A.M. DI NOLA, *Confessione e confessionalismo*, in Enc. delle religioni, II, Firenze 1970, p. 318 ss.; S. LARICCIA, *Patti lateranensi e principi costituzionali*, in Dir. eccl., 1971, I, p. 327 ss.; Id., *Uguaglianza giuridica ed effetti civili dei matrimoni canonici tra affini in linea retta*, in Foro it., 1971, I, c. 1187 s.; T. TOMASI, *L'idea laica nell'Italia contemporanea*, Firenze 1971; M. CONDORELLI, *Libertà della Chiesa e laicità dello Stato nel recente magistero ecclesiastico*, in AA.VV., *La Chiesa dopo il Concilio*, Atti congresso internazionale di diritto canonico (Roma, 14-19 gennaio 1970), Milano 1972, p. 351 ss.; S. LARICCIA, *Libertà delle Università ideologicamente impegnate e libertà di insegnamento*, in Giur. cost., 1972, p. 2177 s.; C. CARDIA, *Ateismo e libertà religiosa nell'ordinamento giuridico, nella scuola, nell'informazione, dall'Unità ai giorni nostri*, Bari 1973; Id., *Religione, ateismo, analisi giuridica*, in AA.VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano 1973, p. 1179 ss.

tendenze di laicità e di confessionalità nei quattro anni che hanno preceduto la consultazione popolare dell'11 e 12 maggio 1974 relativa all'abrogazione della legge medesima<sup>29</sup>.

Nel periodo compreso tra gli anni 1966 e 1975 si verificano le condizioni per una profonda trasformazione della realtà e delle aspirazioni della coscienza collettiva e la società italiana assume caratteri assai diversi rispetto a quelli degli anni del dopo-guerra: una società che è stata radicalmente cambiata dal mutamento dei costumi sessuali, dalla modifica dei valori familiari, dall'aumento del lavoro femminile e dall'acquisita maggiore indipendenza da parte della donna, con l'influenza che tale dato ha determinato sui rapporti coniugali e familiari. Anche in Italia, come in molti altri paesi, comincia a delinearsi un graduale passaggio verso una società laica e declerizzata: la transizione verso tale modello di società è stato il frutto delle trasformazioni economico-sociali che hanno caratterizzato, in ogni parte del mondo, lo sviluppo dei paesi civilmente più progrediti, delineando così, anche in Italia, quel processo di secolarizzazione intimamente legato al problema della laicità dello Stato e delle sue istituzioni.

La Corte costituzionale, tenendo anche presente la svolta operata dal parlamento l'anno precedente con l'approvazione della legge sul divorzio (l. n. 898 del 1970), dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art 553 c.p. con sent. n. 49 del 1971; così come due anni prima, con sent. n. 126 del 1969, la Corte aveva provveduto alla depenalizzazione dell'adulterio.

Dopo che alcuni episodi clamorosi (tra i più significativi quello del divieto della rappresentazione in Roma del dramma di Rolf Hochhuth *Il Vicario*, emesso dal governo nel 1965, in applicazione dell'art. 1, comma 2, del Concordato lateranense) inducono le forze politiche ad orientarsi a favore della revisione del Concordato, l'opinione pubblica prende coscienza dell'importanza che, per una evoluzione democratica della società, assume un sistema di relazioni tra Stato e chiese che garantisca la laicità delle istituzioni civili e la libertà di coscienza per tutti.

È significativo, riguardo al tema qui considerato, che quando la

---

<sup>29</sup> Può consultarsi la mia rassegna bibliografica *Legge 1° dicembre 1970, n. 898 e referendum per la sua abrogazione. Bibliografia 1970-1974*, in *Dir. eccl.*, 1974, I, p. 218 ss.

Camera dei deputati, nei giorni 4 e 5 ottobre 1967, per la prima volta dopo il dibattito che aveva diviso l'assemblea costituente nel 1947, affronta il problema del Concordato, approva una mozione nella quale si richiamano le esigenze della «evoluzione dei tempi» e dello «sviluppo della vita democratica», ma non si fa alcun riferimento all'esigenza di ottenere una disciplina delle relazioni tra Stato e Chiesa cattolica più coerente con i valori costituzionali: soltanto nell'ordine del giorno del 7 aprile 1971 la Camera dei deputati si propone di apportare al Concordato anche le modifiche dettate dalle «esigenze di armonizzazione costituzionale».

L'opinione che attribuiva alle «esigenze di armonizzazione costituzionale» la funzione di un essenziale criterio di riferimento per la riforma del sistema di relazioni tra Stato e Chiesa cattolica non soltanto costituiva, nell'aprile 1971, un'ovvia conseguenza derivante dal dibattito politico e culturale degli anni precedenti, ma si collegava all'orientamento assunto pochi giorni prima dalla Corte costituzionale a proposito del problema della legittimità costituzionale delle norme di derivazione pattizia e, in particolare, delle norme di derivazione concordataria in materia matrimoniale: un problema che da più di vent'anni era oggetto di appassionato interesse e di vivaci polemiche nel dibattito scientifico e nella pubblica opinione.

Con le sentenze n. 30, 31 e 32 del 31 marzo 1971 la Corte costituzionale ha ammesso il sindacato di costituzionalità sulle norme di derivazione pattizia, rispondendo positivamente al quesito circa la possibilità giuridica di estendere a tali disposizioni il procedimento previsto dalla Costituzione per la pronuncia di inefficacia delle leggi ordinarie viziate da illegittimità costituzionale: la Corte peraltro aveva accolto la tesi secondo la quale sono viziate da illegittimità costituzionale non tutte le disposizioni derivanti dai Patti lateranensi in conflitto con le norme o i principi costituzionali, bensì soltanto le disposizioni di derivazione pattizia contrastanti con i «principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano».

Non è questa la sede per esaminare in modo approfondito il significato e la portata di tali conclusioni accolte dalla Corte costituzionale che, nel ricorrere alla formula dei *principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano*, quasi mai individuati con precisione nelle sentenze costituzionali, ha creato un *precedente* che ha assunto una grande importanza nella giurisprudenza costituzionale degli anni se-

guenti, come è dimostrato dal fatto che a quella formula si è riferita la Corte in tutte le occasioni nelle quali, dopo il 1971, essa ha esaminato il problema del contrasto tra norme di derivazione concordataria (o pattizia) e norme della Costituzione<sup>30</sup>.

Considerando complessivamente le tre sentenze della Corte costituzionale n. 30, 31 e 32 del 1971, si può rilevare che, oltre all'affermazione che ammette il controllo di costituzionalità delle leggi che nel 1929 immisero nell'ordinamento interno italiano le clausole dei Patti lateranensi, potendosene valutare la conformità o meno ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale (sentenza n. 30), assume particolare importanza la tesi, sostenuta dalla Corte, per la quale la disparità di trattamento prevista dalla normativa concordataria in materia matrimoniale non viola il principio costituzionale di eguaglianza, trattandosi di una discriminazione espressamente consentita da altra norma costituzionale, e cioè dall'articolo 7, comma 2, che, per la disciplina dei rapporti tra Stato e Chiesa, rinvia ai Patti lateranensi dei quali il Concordato è parte integrante (sentenze nn. 31 e 32).

La conclusione che i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato prevalgono rispetto alle norme che hanno immesso nell'ordinamento interno le clausole dei Patti lateranensi è stata evidentemente accolta in quanto i giudici costituzionali hanno ritenuto di attribuire un "peso" decisivo alla norma del primo comma dell'articolo 7. Ora, se, come ha giustamente affermato la Corte costituzionale, si deve attribuire una importanza preminente all'art. 7, comma 1, cost., mi pare non possa condividersi la tesi, secondo la quale sono proprio i Patti lateranensi che forniscono la «misura costituzionale» di ciò che lo Stato ha riconosciuto essere ordine della Chiesa; ed infatti, tale tesi potrebbe ritenersi esatta solo ove si ritenesse che il contenuto dei Patti lateranensi sia stato costituzionalizzato, «essendo ovvio che le norme di derivazione pattizia possono fornire una "misura costituzio-

---

<sup>30</sup> Giustamente si è rilevato che nella sentenza più che una motivazione è contenuta una affermazione perentoria, il che fa pensare che all'interno della Corte i contrasti debbono essere stati assai intensi: G. CONSO, *Legge italiana e concordato*, in *La Stampa*, 4 marzo 1971, il quale osservava: «La prassi che induce la Corte ad adottare motivazioni concordate anche nel caso di deliberazioni a più o meno stretta maggioranza deve aver fatto naufragare il tentativo di arricchire la sentenza di più ampie considerazioni. In certi casi meno si dice, meglio è».

nale” solo in quanto siano state esse stesse elevate al rango di norme costituzionali»<sup>31</sup>: ma è proprio questa la conclusione che la Corte costituzionale ha esattamente ritenuto di respingere.

La distinzione accolta dai giudici della Corte costituzionale fra norme (o principi) costituzionali e principi supremi o fondamentali della Costituzione si presenta, tuttavia, 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, da tale distinzione deriva la conseguenza che alla Corte costituzionale 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 la funzione dei giudici costituzionali verrebbe sempre più a collegarsi a criteri di opportunità e di convenienza difficilmente controllabili in base a parametri certi<sup>32</sup>, 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.

L’azione della Corte costituzionale dovrebbe determinare un rafforzamento e uno sviluppo delle norme e dei principi costituzionali ma non dovrebbe mai tradursi nell’adozione di criteri che possano avere come risultato possibile l’indebolimento delle garanzie contenute nelle disposizioni della Costituzione.

Una volta ammesso il sindacato di costituzionalità sulle norme di derivazione pattizia, più persuasive sarebbero state, a mio avviso, 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 della illegittimità costituzionale di ogni disposizione di derivazione pattizia in contrasto con le norme e i principi costituzionali.

Ho ripetutamente esposto la mia opinione critica in ordine alla tesi per la quale l’esigenza di armonizzazione costituzionale delle norme

---

<sup>31</sup> G. CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana. Contributo all’interpretazione sistematica dell’articolo 7 della Costituzione*, Milano 1968, p. 20.

<sup>32</sup> Cfr. sul punto S. MERLINI, *La Corte costituzionale e il Concordato*, in *Quale giustizia*, 1971, 241 ss.

contenute nei Patti lateranensi si pone soltanto in rapporto ai cosiddetti *principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano*, e non anche in rapporto a tutte le norme e a tutti i principi della Costituzione<sup>33</sup>. La soluzione accolta dalla Corte costituzionale, che cioè nei giudizi di costituzionalità riguardanti le norme di derivazione pattizia valga un parametro diverso da quello considerato nei giudizi sulla legittimità costituzionale di qualsiasi altra disposizione di legge, ha esercitato per oltre trent'anni una notevole influenza sulla valutazione e sull'impostazione di tutti i più importanti problemi riguardanti il carattere laico o confessionale della Repubblica italiana. In presenza di un orientamento giurisprudenziale che è collegato a una precisa scelta *politica* della Corte, all'interprete è assegnato il compito di individuare quali siano i «valori» essenziali e inderogabili dell'ordinamento costituzionale, giacché la Corte, come giustamente si è osservato, sembra riferirsi, più che a principi positivamente individuati, a valori, che «mediante un'opera di progressiva astrazione è possibile enucleare dai vari precetti costituzionali»<sup>34</sup>.

Tale orientamento ha favorito assai spesso una concezione riduttiva delle garanzie riconosciute al cittadino dalla Costituzione e costituisce una delle principali ragioni che spiegano come la legislazione prevista nel 1929 nei confronti della Chiesa cattolica e dei culti diversi dal cattolico sia rimasta quasi del tutto inalterata per un periodo che è durato poco meno di quarant'anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione.

7. Un rilievo particolare, nel periodo compreso tra gli anni 1966 e 1975, deve essere riconosciuto alla questione della libertà nella scuola e delle scuole (anche universitarie) ideologicamente caratterizzate, questione considerata nella sentenza della Corte costituzionale 14 dicembre

---

<sup>33</sup> La tesi che i «principi supremi» costituiscano il parametro del giudizio di costituzionalità sulle norme di derivazione concordataria, sostenuta per la prima volta dalla Corte costituzionale nel 1971, con le sentenze n. 30, 31 e (implicitamente) 32, è stata poi ribadita nelle seguenti sentenze: n. 12 e 195 del 1972; 175 e 176; 1 del 1977; 16, 17 e 18 del 1982; 203 del 1989; 13 del 1991; 149 del 1995; 334 del 1996; 329 del 1997.

<sup>34</sup> R. NANIA, *Concordato e «principi supremi» della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1976, p. 251 ss., spec. p. 256. Cfr. anche C. LAVAGNA, *Prime decisione della Corte sul Concordato*, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, c. 628 ss.

1972, n. 195, sul c.d. caso del prof. Franco Cordero<sup>35</sup>. La questione di legittimità costituzionale della norma di derivazione concordataria dell'art. 38 conc. 1929 riguardava il problema dell'ammissibilità del sistema per il quale le nomine dei professori dell'Università cattolica del *Sacro cuore* di Milano, istituita con r.d. 2 ottobre 1924, n. 1661 come università libera, erano subordinate al nulla-osta da parte della Santa Sede diretto ad assicurare che non vi fosse alcunché da eccepire dal punto di vista morale e religioso: un sistema la cui compatibilità con la Costituzione nel 1972 è stata esaminata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 195 e che si presentava di difficile interpretazione soprattutto perché la norma concordataria si limitava a stabilire che il nulla-osta dovesse essere concesso, mentre nulla precisava in merito alla possibilità di revoca del nulla-osta medesimo. I problemi interpretativi a proposito di tale norma si erano posti dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana ed anzi soltanto negli anni settanta: ed è significativo che quando nel 1969 il problema della revisione del concordato è stato affrontato dalla Commissione presieduta dall'On. Gonella, tutti i componenti della Commissione avevano espresso l'opinione che l'art. 38 del Concordato avrebbe dovuto rimanere invariato, non ravvisando alcun motivo di mutare il testo dell'articolo<sup>36</sup>.

Le perplessità maggiori che suscitava l'attribuzione all'autorità ecclesiastica (Congregazione per l'educazione cattolica) del potere pienamente discrezionale di allontanare dal corpo accademico i docenti che non risultassero più graditi, in quanto sostenitori di una ideologia diversa da quella che caratterizza l'università nella quale insegnano, riguardavano il condizionamento che tale potere comportava nei confronti della libertà di insegnamento, intesa come garanzia personale di chi è preposto all'insegnamento di poter svolgere quest'ultimo: a) senza intromissioni altrui e b) senza timore di dover subire conseguenze nel suo rapporto di impiego<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> La sentenza è pubblicata in *Giur. cost.* 1972, 2173 ss., con nota di S. LARICCIA, *Libertà delle università*, cit.

<sup>36</sup> Cfr. la relazione della Commissione di studio presieduta dall'On. Gonella e pubblicata nel volume a cura di G. SPADOLINI, *La questione del Concordato*, Firenze 1976, p. 351 ss.

<sup>37</sup> Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione, scuola*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 741 ss.

L'argomento con il quale la Corte costituzionale, a proposito del "caso Cordero", esaminato nella sent. n. 195 del 1972, ha ritenuto legittimo il potere di allontanare i docenti in contrasto ideologico con i principî cui si ispira l'Università cattolica, è proprio fondato sulla norma costituzionale della quale si asseriva la violazione: ed infatti, come anche risulta dalla precisazione di uno dei giudici costituzionali, in una lettera pubblicata sul *Corriere della sera*, la Corte, attraverso la norma concordataria dell'art. 38, ha inteso applicare proprio l'art. 33 cost., traendone il principio della libertà *della scuola*, che coesiste, nel nostro ordinamento pluralistico, con quello della libertà *nella scuola*, e può anche, a volte, limitarlo, ove sia necessario per realizzarsi<sup>38</sup>.

A proposito della libertà di insegnamento è necessario, però, porre in rilievo la singolarità di tale garanzia, consistente nella circostanza che essa è riconosciuta al singolo insegnante per il buon uso del suo ufficio e che la norma che la contempla può essere invocata a tutela di un interesse generale, in quanto essa pone un limite all'autorità accademica nel prevalente interesse pubblico, e in particolare nell'interesse dei destinatari dell'attività degli insegnanti, più che nell'interesse del docente: tale precisazione induce a ritenere che sia del tutto irrilevante l'eventuale atteggiamento di adesione o di reazione del docente rispetto al comportamento con il quale l'autorità accademica intenda condizionarne la libertà, incidendo su un diritto garantito, nell'interesse generale, della Costituzione.

Il problema non consiste tanto nel determinare il concetto astratto di *libertà della scuola* (anche universitaria) e nel precisare che tale libertà per realizzarsi può talora esigere una limitazione dell'esercizio delle *libertà nella scuola*, bensì nel chiarire quali siano la portata, il significato e i limiti dei diritti di libertà della scuola e nella scuola previsti nell'art. 33 cost.

Ora, ciò che appare discutibile, e che comunque va verificato alla luce della normativa costituzionale, è proprio il principio per il quale, nel nostro ordinamento costituzionale, la tutela della libertà della scuola possa realizzarsi con il sacrificio della individuale libertà di insegnamento: ricorrono invero non poche ragioni che inducono

---

<sup>38</sup> V. CRISAFULLI, *Libertà d'insegnamento e Concordato*, in *Corriere della sera*, 18 gennaio 1973.

a ritenere che nel contrasto tra la libertà dell'Università cattolica di (continuare ad) avere dei docenti che si conformino all'indirizzo ideologico dell'università e la libertà del docente che intenda continuare a svolgere il suo insegnamento e ad esercitare così un diritto riconosciutogli dalla Costituzione italiana, sia questo secondo diritto di libertà che deve avere la prevalenza.

L'art. 33 cost. garantisce la libertà della scuola quale mezzo o strumento di esplicazione della libertà di insegnamento: quest'ultimo diritto, inoltre, è un diritto irrinunciabile, a cui pertanto la persona del docente non può abdicare; da tale considerazione si deduce anche l'inammissibilità della tesi secondo la quale il docente allontanato dall'Università cattolica in definitiva non subisce che le conseguenze prevedibili di una scelta libera e consapevole, dallo stesso operata al momento in cui ha ritenuto di entrare nel corpo accademico della "Cattolica" aderendo alla ideologia di tale Università; è la stessa garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo sancita nell'art. 2 cost. che esclude qualsiasi limitazione di diritti che derivi da vincoli di subordinazione di carattere perpetuo o da sanzioni preventivamente contemplate in gruppi extrastatali.

8. Negli anni 1976-1985 ricordo in particolare le sentenze n. 202 del 1976, 1 e 108 del 1977, 16 del 1978, 117 del 1979, 173, 174 e 203 del 1981, 16, 17, 18 e 36 del 1982, 234 e 239 del 1984, 86, 164 e 189 del 1985 e le ordinanze n. 2 del 1977, 13, 34 e 138 del 1982, 16 e 374 del 1983, 26, 278 e 363 del 1985<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Con riferimento al periodo degli anni 1976-1985, cfr. in dottrina L. GUERZONI, *Stato laico e Stato liberale. Un'ipotesi interpretativa*, in *Dir. eccl.*, 1977, I, p. 599 ss.; P. BELLINI, *Per un nuovo laicismo: per una legge comune del "fatto religioso"*, in *il tetto*, 1978, p. 193, in *Ann. Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Perugia*, 1977-78, (*Patti lateranensi. Quale revisione?*), p. 41 ss. e in AA.VV., *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Milano 1981, p. 167 ss.; L. GUERZONI, *La laicità dello Stato liberal-democratico*, in *Il futuro dell'uomo*, 1978, n. 2, p. 15 ss.; S. LARICCIA, *Diritti civili e fattore religioso*, Bologna 1978; C. CARDIA, *La riforma del Concordato. Dal confessionismo alla laicità dello Stato*, Torino 1980; O. GIACCHI, *Lo Stato laico* (rist. dell'ed. del 1947), Milano 1980; A. TEMPESTINI, *Laicismo e clericalismo nel Parlamento italiano tra la legge del divorzio e quella sull'aborto*, in *Politica del diritto*, 1980, p. 407 ss.; P.G. AVVISATI, *Giuramento dei non credenti e giuramento dei credenti: una sentenza contraddittoria*, in AA.VV., *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Milano 2001, p. 1141 ss.; P. FLORIS, *Ateismo e religione nell'ambito del diritto di libertà religiosa*,

In questo periodo<sup>40</sup> il problema degli effetti civili del matrimonio canonico, che da molti decenni aveva costituito una delle questioni più tormentate del diritto di famiglia in Italia e del sistema di relazioni tra Stato e Chiesa cattolica, torna nuovamente di attualità, dopo che la Corte costituzionale, con le sentenze nn. 16 e 18 del 1982, ha esaminato la legittimità costituzionale di alcune tra le norme più discusse in tema di matrimonio “concordatario” e, successivamente, la Cassazione ha precisato taluni principi sul procedimento relativo alla dichiarazione di efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali.

Le sentenze della Corte costituzionale<sup>41</sup> e della Cassazione<sup>42</sup> sono state variamente commentate, con un esame che giustamente non si

---

in *Foro it.*, 1981, I, c. 625 ss.; S. LARICCIA, *Stato e Chiesa in Italia. 1948/1980*, Brescia 1980; S. PRISCO, *Reviviment della Corte costituzionale in un'importante sentenza sul giuramento del non credente (brevi osservazioni)*, in AA.VV., *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Milano 1981, 1255; C. VASALE, *I cattolici e la laicità. Un contributo alla storia del movimento cattolico in Italia*, Napoli 1981, 168; L. PAZZAGLIA, *Scuola laica e insegnamento della religione*, in *Religione e scuola*, 1982, febbraio, p. 10 ss.; AA.VV., *Società civile, scuola laica e insegnamento della religione*, Atti del convegno nazionale (Roma, 17-19 novembre 1982), Roma 1983; S. LARICCIA, *L'insegnamento della religione tra concordato e legislazione unilaterale dello Stato*, in AA.VV., *Società civile, scuola laica e insegnamento della religione*, Brescia 1983, p. 43 ss. e in *Dir. eccl.*, 1983, I, p. 3 ss.; V. ZANONE, *Laicismo*, in *Dizionario di politica*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1983, p. 573 ss.

<sup>40</sup> Il problema della tutela penale dei culti è stato nuovamente sottoposto all'esame della Corte costituzionale con una ordinanza con la quale, il 3 ottobre 1980, il trib. di Firenze ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 402, in riferimento agli art. 7, comma 1, 8, comma 1, e 19 cost.: l'ordinanza è pubblicata in *Giur. cost.*, 1981, II, p. 535 ss.

<sup>41</sup> Tra i numerosi commenti pubblicati con riferimento alle sentenze della Corte costituzionale nn. 16 e 18 del 1982 ricordo: N. COLAIANNI, *Un concordato senza glossa: la rimozione di un problema*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 305 ss.; L. DE LUCA, *Il “matrimonio concordatario” esiste ancora?*, in *Giur. cost.*, 1982, I, p. 428 ss.; F. FINOCCHIARO, *I patti lateranensi e i “principi supremi dell'ordinamento costituzionale”*, in *Giur. it.*, 1982, I, p. 1 s., e 955 ss.; L. GUERZONI, *Corte costituzionale e matrimonio concordatario: una “svolta laica”?*, in *Il regno/attualità*, n. 14, 15 febbraio 1982; S. LARICCIA, *Qualcosa di nuovo*, cit.; R. NANIA, *Il Concordato, i giudici, la Corte*, in *Giur. cost.*, 1982, I, p. 147 ss.

<sup>42</sup> Per un commento alle sentenze della Cass. 15 maggio 1982, n. 3024, e della Cass., Sez. un., 1<sup>o</sup> ottobre 1982, n. 5026 può vedersi S. LARICCIA, *Prime decisioni della Cassazione dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 1982 sul matrimonio concordatario*, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1883; *Id.*, *Esecutorietà delle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale e ordine pubblico italiano*, *ivi*, c. 2800 ss.

è limitato a un mero riscontro della logicità giuridica delle argomentazioni in esse contenute, ma ha richiamato l'attenzione sulle valutazioni di ordine politico che devono avere costituito il presupposto delle soluzioni accolte: leggendo infatti le sentenze con le quali la Corte costituzionale ha nuovamente affrontato, dopo una lunga pausa di riflessione, il problema della legittimità costituzionale del sistema concordatario in materia matrimoniale, si aveva l'impressione che ancora una volta fosse stato adottato il criterio di decidere le questioni di costituzionalità riguardanti tale problema valutando preliminarmente le possibili conseguenze derivanti, sul piano dei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica, dalle conclusioni sostenute in ordine alle singole questioni.

Tali sentenze sul matrimonio "concordatario" confermano dunque la tendenza della giurisprudenza costituzionale in materia ecclesiastica di dosare i principi interpretativi e i tempi di intervento, di adottare un'ampia varietà tipologica di sentenze e di strumenti operativi e, in sostanza, di esercitare una politica ecclesiastica capace di colmare la mancanza di un indirizzo politico in tale materia da parte del potere esecutivo<sup>43</sup>: un orientamento questo che, se appare coerente con la natura dell'attività svolta dalla Corte costituzionale, le cui sentenze sono assai spesso frutto di scelte politiche<sup>44</sup>, e con la concezione che anche al giudice affida il compito di adeguare il diritto alla realtà storico-sociale<sup>45</sup>, induce d'altra parte a considerare le conclusioni e i motivi contenuti nelle sentenze costituzionali non soltanto alla luce della tecnica giuridica, ma valutando anche in quale misura le

---

<sup>43</sup> Cfr. sul punto F. FINOCCHIARO, *Matrimonio "concordatario", giurisdizione ecclesiastica e divorzio civile davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. eccl.*, 1974, I, p. 53 ss., ove l'a. osserva che le preoccupazioni riguardanti il «merito politico» di tali problemi affiorano con sufficiente chiarezza «non solo nella scelta dei tempi in cui la Corte ha pronunciato sulle varie questioni, ma anche nell'accoppiamento della trattazione di queste, in modo tale che la giustizia resa alle "ragioni dello Stato", non andasse disgiunta da un qualche riconoscimento delle "ragioni della Chiesa"»

<sup>44</sup> Sentenze, osservava il presidente della Corte Giuseppe Branca in una conferenza stampa del 1970 (in *Foro it.*, 1971, V, c. 9 ss.). «di cui, almeno se se ne osservano gli effetti, si potrebbe affermare che sono state sentenze politiche [...] frutto di scelte politiche (non, però, di partito)».

<sup>45</sup> In proposito si possono vedere le osservazioni di G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in *Riv. trim.*, 1972, p. 897 ss.

preoccupazioni di ordine politico abbiano influito nel determinare le soluzioni adottate.

In particolare, con la sentenza n. 18 la Corte, affrontando il problema della conformità alla Costituzione del sistema sulla giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale, ha dichiarato l'illegittimità della disciplina riguardante il riconoscimento agli effetti civili dei provvedimenti pontifici di dispensa dal matrimonio rato e non consumato, per la mancata realizzazione, nel procedimento canonico di dispensa, della tutela giurisdizionale dei diritti, che costituisce «principio supremo» dell'ordinamento costituzionale italiano (è da rilevare che è questa l'unica volta che la Corte, applicando il criterio di riferimento dei «principi supremi», abbia dichiarato costituzionalmente illegittima una norma contenuta nel Concordato); ha dichiarato l'infondatezza della questione con la quale si contestava la legittimità costituzionale della «riserva» ai giudici ecclesiastici della giurisdizione matrimoniale; essa ha stabilito però che, nel procedimento per la dichiarazione di efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, spetta alla Corte d'appello accertare che nel processo canonico sia stato assicurato alle parti il diritto di agire e resistere in giudizio e che la sentenza emessa dai tribunali ecclesiastici non contrasti con l'ordine pubblico italiano<sup>46</sup>.

Esaminando le conclusioni ed i principi accolti dalla Corte costituzionale, può notarsi che le due sentenze contengono indubbiamente alcune significative novità, relative alla intrascrivibilità del matrimonio "concordatario" dei minorenni e alla inefficacia civile dei provvedimenti ecclesiastici di dispensa dal matrimonio rato e non consumato; maggiori sono tuttavia le conferme che esse presentano nei confronti della precedente giurisprudenza della Corte in materia ecclesiastica. È questa una conclusione che può dedursi sia dalla pronuncia di infondatezza relativa alla «riserva» in tema di giurisdizione ecclesiastica, sia dalla tesi sostenuta nella sentenza n. 16, a proposito dell'autonomia dell'atto di scelta del rito matrimoniale.

A queste sentenze si ispirerà il legislatore, nella materia matrimoniale, nella riforma concordataria attuata con l'entrata in vigore

---

<sup>46</sup> Per un esame più approfondito di questa parte della sentenza 18/1982 rinvio alle considerazioni esposte nella mia nota *Qualcosa di nuovo*, cit.

del Patto di Villa Madama stipulato tra l'Italia e la Santa Sede il 18 febbraio 1984 (art. 8 conc. 1984): ed è questo un tema che non può essere qui considerato.

Sono note le condizioni politiche che, all'inizio degli anni ottanta, hanno portato alla conclusione della lunga vicenda della revisione del Concordato, quando i rappresentanti dello Stato italiano e della Santa Sede hanno ritenuto di non condividere la tesi di chi da anni sosteneva come più opportuna la soluzione del superamento del regime concordatario nell'Italia democratica e pluralista. La prospettiva del diritto comune è stata abbandonata (o comunque rinviata nel tempo) anche da parte delle confessioni religiose di minoranza: questo mutamento di prospettiva ha esercitato notevole influenza nel rendere più debole la posizione di quanti, anche all'interno del mondo cattolico, continuano a ritenere che i concordati, e le intese con contenuti analoghi a quelli dei concordati, essendo accordi tra due ordinamenti che hanno natura e finalità diverse e spesso contrastanti, non sono strumenti idonei a soddisfare insieme le imprescindibili esigenze dello Stato e delle chiese.

9. Le sentenze da ricordare in questo periodo sono: le seguenti n. 113 del 1986, 153 e 196 del 1987, 43, 396, 410, 438, 609, 826 e 925 del 1988, 203 e 470 del 1989, 259 e 466 del 1990, 13 e 467 del 1991, 290 e 467 del 1992, 195, 277 e 421 del 1993; le ordinanze n. 160 del 1986, 111, 112, 147, 153, 313 e 556 del 1987, 352, 389, 483, 668, 708 e 914 del 1988, 52, 54, 332, 440, 479 e 592 del 1989, 27, 93 e 259 del 1990, 299 del 1991, 65 del 1993, 440 del 1995<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Con riferimento al periodo 1986-1995, cfr. in dottrina S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, 3<sup>a</sup> ed., Padova 1986; C. CARDIA, *Laicità dello Stato e nuova legislazione ecclesiastica*, in AA.VV., *Il nuovo Accordo tra Italia e Santa Sede*, Milano 1987, 135-53; G. GENTILE, *Educazione e scuola laica*, a cura di H. A. Cavallera, Firenze 1988; P.G. GRASSO, *Laicismo di Stato e punizione del reato di bestemmia*, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 4304 ss.; S. LARICCIA, *Tutela penale dell' "ex Religione dello Stato" e principi costituzionali*, *Giur. cost.*, 33, 1988, I, p. 4311 ss.; A. SANTONI RUGIU, *Anche la laicità in soffitta*, in *Il Ponte*, 1988, n. 4-5, p. 8 ss.; L. ZANNOTTI, *Le Comunità di base si confrontano sul tema della laicità*, in *Dir. eccl.*, 1988, I, p. 279 ss.; O. CHADWICK, *Società e pensiero laico*, Torino 1989; N. COLAIANNI, *Il principio supremo di laicità dello Stato e l'insegnamento della religione cattolica*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1333 ss.; ID., *La via giudiziaria alla laicità. L'ora di religione alla consulta*, in *il tetto*, 1989, p. 179 ss.; G. FLORIDIA, S. SICARDI, *Dall'eguaglianza dei cittadini alla laicità dello Stato. L'insegnamento confessionale nella scuola pubblica tra libertà di coscienza, pluralismo religioso e pluralità delle fonti*, in

Nel periodo degli anni 1986-1995 si verifica un evento di particolare rilievo: la “scoperta”, da parte della Corte costituzionale, di un nuovo *principio supremo*, il “principio supremo di laicità dello Stato” ed occorre dunque domandarsi quali ragioni abbiano indotto la Corte a definire lo Stato italiano come uno Stato “laico”: mi riferisco alla famosissima sentenza n. 203 del 1989, nella quale la Corte ha affermato che i valori costituzionali in materia religiosa concorrono «a strutturare il principio supremo della laicità dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica». Il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, si legge nella sentenza, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale.

Non è questa la sede per esaminare in particolare il contenuto di una sentenza che, nonostante gli entusiastici consensi espressi a suo tempo, induce ad esprimere non poche perplessità, in quanto la sentenza non risolve molti dei problemi in discussione circa le questioni oggetto del giudizio di costituzionalità. Tra gli altri dubbi non risolti, tutti collegati alla questione della qualifica dello stato italiano come «Stato laico»,

---

*Giur. cost.*, 1989, II, p. 1086 ss.; S. LARICCIA, *Coscienza e libertà. Profili costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Bologna 1989, p. 37 ss.; M.A. MANACORDA, *Il principio supremo di laicità*, in *per l'Alternativa*, 1989, n. 41-42, p. 6 ss.; R. LAPORTA, *Costituzione laica, scuola e insegnamento religioso*, in *Scuola e città*, 1989, n. 2, p. 88 ss.; E. LAURELLI, *La laicità dello Stato garanzia delle minoranze*, in *Parlamento*, 1989, n. 3-4, p. 53 ss.; A. MANTINEO, *Il crocefisso nelle aule scolastiche*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 1989, n. 1, p. 197 ss.; L. MUSSELLI, *Insegnamento della religione cattolica e tutela della libertà religiosa*, in *Giur. cost.*, 1989, I, p. 908 ss.; A. TALAMANCA, *Insegnamento religioso e principio di laicità: un parametro di costituzionalità tra discordanze giurisprudenziali e polemiche ideologiche*, in *Dir. eccl.*, 1989, I, p. 23 ss.; C. CARDIA, *Stato laico*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990, p. 874 ss.; F. FINOCCHIARO, *Un “affaire” piccolo, piccolo: “l’union des athees” non è un’associazione culturale*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 1990, p. 498 ss.; S. LARICCIA, *Il contributo di Piero Calamandrei per la laicità dello Stato e la libertà religiosa in Italia*, in *Piero Calamandrei. Vendidue saggi su un grande maestro*, a cura di P. BARILE, Milano 1990, pp. 455-88; ID., *La garanzie delle libertà di religione: il contributo di Paolo Barile*, in *Scritti in onore di Paolo Barile*, Milano 1990, p. 90 ss.; M. CASERTA, *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell’esperienza giuridica contemporanea*, in *Arch. giur.*, CCXII, 1992, II, p. 345 ss.; G. DALLA TORRE, *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell’esperienza giuridica contemporanea*, Roma 1992.

ricordo i seguenti: la relazione tra riconoscimento del valore della cultura religiosa e insegnamento confessionale delle religioni; sulla libertà di insegnamento dei docenti tenuti ad insegnare in conformità alle dottrine religiose; su quale significato attribuire alla previsione dell'insegnamento confessionale cattolico «nel quadro delle finalità della scuola» statale; sulla configurazione dell'insegnamento della religione cattolica come insegnamento «facoltativo»; sulla collocazione di tale insegnamento nel quadro dell'orario scolastico; sulla presenza degli insegnanti di religione negli scrutini; sull'inconcepibile presenza dell'insegnamento confessionale nella scuola materna.

Certo, è nella sentenza costituzionale n. 203 del 1989 che per la prima volta si perviene alla nitida conclusione di ritenere sussistente e giuridicamente efficace nel nostro ordinamento costituzionale il principio di laicità dello Stato ed è alla Corte costituzionale che deve essere ascritto il merito di avere offerto un'autorevole indicazione sull'esigenza di collegare, anche da un punto di vista giuridico, i valori di democrazia, pluralismo e laicità.

Nella sent. n. 203 del 1989, i giudici costituzionali definiscono la laicità quale concreto intervento dello stato per favorire il regime di pluralismo culturale e confessionale della nostra società: nelle parole della Corte, infatti, «l'attitudine laica dello Stato-comunità [...] si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini».

Ancora, i giudici affermano come «il principio di laicità [...] implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione in regime di pluralismo confessionale e culturale». La lettura della laicità, non più neutralità «negativa» ma atteggiamento «positivo» dello stato, può presentare diverse e numerose incongruenze col nostro ordinamento quale esso è venuto configurandosi dopo il 1948, con l'entrata in vigore della costituzione, ma anche dopo il 1956, con l'inizio delle attività del supremo organo di giustizia costituzionale.

La prima di tali incongruenze riguarda l'esigenza di rispetto del principio costituzionale di eguaglianza, considerato anche con riferimento alla disposizione costituzionale dell'eguale libertà di tutte le confessioni religiose (art. 8, comma 2, cost.). È noto che l'eguaglianza giuridica rappresenta un passaggio obbligato nella garanzia delle minoranze, vive in eterna dialettica con la libertà e, come divieto di

discriminazione, fa parte dei principi fondamentali dell'ordinamento e dunque contribuisce ad integrare l'ordine pubblico dello stato<sup>48</sup>.

In proposito ci si è domandati se l'«attitudine di servizio» dello stato-comunità a beneficio d'una qualche religione positiva non rischi di divenire «una versione aggiornata – certo sotto specie democratiche, ma non per questo meno insidiosa – dell'antica dottrina del “braccio secolare”»<sup>49</sup>.

L'esperienza insegna, o dovrebbe insegnare, che la democrazia non è soltanto il governo della maggioranza, ma anche, e anzitutto, il regime della difesa delle minoranze<sup>50</sup>. Anche se recenti orientamenti politici rivelano molte incomprensioni di tale esigenza, penso sia utile ribadire che l'eguaglianza è anche una garanzia contro l'arbitrio dei governanti, che troppo spesso dimostrano la loro propensione a seguire logiche corporative, come rivela il diffuso fenomeno dei gruppi di pressione e delle *lobbies*. In questa prospettiva l'attitudine di servizio dello stato-comunità a favore soltanto di alcune confessioni religiose può determinare inaccettabili condizioni sfavorevoli per quelle confessioni che non godano del riconoscimento di soggetti meritevoli di ottenere una disciplina per loro favorevole.

La concezione di neutralità «positiva», quale versione o forma attuale del principio di laicità, rischia *di per sé* di convertire lo Stato a strumento, appunto, delle opzioni religiose o ideologiche socialmente più forti, cioè a dire delle istanze maggioritarie della coscienza religiosa e civile: una svalutazione dell'esigenza di eguaglianza (forma e sostanziale) potrebbe facilmente far sì che il «regime di pluralismo» (ed ha un qualche significato – credo – anche l'uso del termine «regime» da parte dell'Alta Corte) degeneri nell'opposta forma del «pluralismo di regime»<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> A. CERRI, *Libertà, eguaglianza, pluralismo nella problematica della garanzia delle minoranze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, p. 289 ss., spec. pp. 297, 299, 300.

<sup>49</sup> L. GUERZONI, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridica positiva: il diritto ecclesiastico*, in AA.VV., *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea*, a cura di G. DALLA TORRE, Torino 1993, 105 ss., spec. 120; cfr. anche S. LARICCIA, *Coscienza e libertà*, cit., p. 42 ss.

<sup>50</sup> Cfr. S. LARICCIA, voce *Minoranze in Europa*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, IV, Milano 2001, 762 ss.

<sup>51</sup> L. GUERZONI, *Problemi della laicità*, cit., p. 123.

La lettura della Corte risulta inoltre problematica se comparata col principio di separazione fra gli ordini propri dello stato e delle confessioni religiose di cui al primo comma dell'art. 7 della costituzione<sup>52</sup>. Il principio dell'indipendenza, della sovranità e dell'autonomia dello Stato risulta storicamente coesistente all'avvento della figura o forma dello Stato laico: una chiara conferma di diritto positivo la si può individuare nella stessa carta costituzionale, e non soltanto nelle disposizioni costituzionali in materia religiosa ma anche nel principio, talora sottovalutato, di imparzialità della pubblica amministrazione *ex art. 97, comma 1 cost.*

A proposito dei vari significati che può assumere il concetto di laicità, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 203 del 1989, non ha accolto quella concezione della *laicità-neutralità*, considerata l'espressione più propria della laicità: una concezione che comporta l'irrelevanza per lo Stato dei rapporti derivanti dalle convinzioni religiose dei suoi cittadini, nel senso di considerarli fatti privati da affidare esclusivamente alla coscienza dei credenti.

Tale concezione della laicità era bene espressa dalla formula del settimo principio fondamentale della Costituzione della Repubblica romana del 1848, nel quale si stabiliva che l'esercizio dei diritti privati e pubblici dei cittadini non avrebbe dovuto dipendere dalla loro credenza religiosa<sup>53</sup>. È questa una concezione che, a distanza di tanti anni da allora, tarda ad affermarsi nel nostro paese, come dimostra l'esperienza di quanto, in occasione del voto sulla legge in materia di fecondazione artificiale, è avvenuto in parlamento dove si è potuto constatare che le esigenze di laicità della società italiana erano maggiormente rispettate negli anni nei quali furono approvate leggi come quella sul divorzio e sull'interruzione della gravidanza. Anche a questo proposito occorre ribadire il diritto dei cittadini a leggi che non impongano comportamenti o divieti ispirati a pur rispettabili principi religiosi ed etici, ma debbano garantire la libertà di tutti nella coesistenza di scelte e principi individuali.

Importanti sentenze vengono emesse dalla Corte costituzionale,

---

<sup>52</sup> S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, III ed., cit., p. 67; L. GUERZONI, *Problemi della laicità*, cit., p. 123

<sup>53</sup> Cfr. sul punto S. LARICCIA, *La Costituzione della Repubblica romana del 1848*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 453 ss.

nel periodo più recente. con riferimento alla tutela penale dei culti. Nell'impossibilità di affrontare in modo approfondito questo problema che è intensamente collegato con le questioni del carattere confessionale di un ordinamento, mi limito a ricordare che, a mio avviso, tre appaiono le soluzioni che si possono adottare: 1) mantenimento dell'attuale impostazione delle norme che prevedono i delitti contro la religione cattolica e gli altri culti, con eliminazione di ogni discriminazione qualitativa e quantitativa nella protezione penale delle diverse confessioni; 2) ritorno ad un sistema analogo a quello seguito dal codice Zanardelli del 1889, nel quale non era previsto il reato di bestemmia ed oggetto di tutela era la libertà individuale del singolo di professare la religione preferita (tale sistema appare profondamente diverso da quello attuato con l'entrata in vigore del codice Rocco del 1930, perché il legislatore di quest'ultimo non tendeva a tutelare l'individuale libertà religiosa dei fedeli ma, in conformità al principio affermato nell'art. 1 del Trattato lateranense, si proponeva di tutelare la religione, considerata come forza etico-sociale alla cui protezione lo stato fascista aveva un diretto interesse); 3) abolizione delle disposizioni che prevedono una specifica tutela penale del sentimento religioso (è questa l'opinione espressa, con ammirevole coerenza, dalle chiese rappresentate dalla Tavola valdese: cfr. art. 4 l. 11 agosto 1984, n. 449).

Tra le soluzioni sopra indicate, a me pare preferibile quella consistente nell'eliminazione di tutte le norme che contemplano una specifica tutela penale del sentimento religioso, anche perché molti reati attualmente contemplati sotto il titolo dei delitti contro la religione dello Stato e i culti ammessi potrebbero essere colpiti applicando altre disposizioni previste in tema d'ingiuria, di diffamazione, di delitti di danneggiamento e deturpamento di cose altrui, di contravvenzioni di disturbo, di turpiloquio ecc. L'abrogazione delle norme che puniscono il vilipendio della religione e la bestemmia consentirebbe una liberalizzazione della legge civile nel senso di escludere dalle sanzioni legali un fenomeno deteriore e offensivo, ma che non sembra debba assumere rilievo sul piano dell'ordinamento giuridico statale, come del resto è dimostrato dall'orientamento seguito nella maggior parte dei Paesi.

10. Le decisioni da ricordare negli anni compresi tra il 1996 e il

2006 sono le sentenze n. 178 e 334 del 1996, 235 e 329 del 1997, 508 del 2000, 329 del 2001, 327 del 2002, (e le ordinanze n. 34 e 213 del 2002, 389 del 2004, 149 e 168 del 2005<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Con riferimento all'ultimo decennio di giurisprudenza costituzionale, cfr. in dottrina S. LARICCIA, *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, in *Il principio di laicità nello Stato democratico*, a cura di M. TEDESCHI, Soveria Mannelli 1996, p. 143 ss. e in *Dir. eccl.*, 1994; ID., *Laicità e politica nella vicenda dello Stato italiano contemporaneo*, in *Behemoth*, 1994, n. 16, p. 75 ss.; G. FONTANA, *Il principio supremo di laicità nello Stato democratico pluralista e la tutela penale del sentimento religioso*, in *Giur. it.*, 1998, c. 987 ss.; S. LARICCIA, A. TARDIOLA, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, III, Milano 1999; E. MARZO, C. Ocone (a cura di), *Manifesto laico*, Roma-Bari 1999; S. LARICCIA, *Esigenze di laicità della società italiana*, *ivi*, p. 59 ss.; F.D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Battesimo e nuova identità atea: la legge n. 675/1996 si confronta con la libertà religiosa*, in *Quad. dir e pol. eccl.*, 2000, p. 855 ss.; A. DE OTO, *Presenza del crocifisso o di altre immagini religiose nei seggi elettorali: la difficile affermazione di una "laicità effettiva"*. *Osservazioni a Cass. pen. n. 439 del 2000*, in *Quad. dir e pol. eccl.*, 2000, p. 837 ss.; G. LUNATI, *Laicismo e religiosità*, Torino 2000; M. OLIVETTI, *Incostituzionalità del vilipendio della religione di Stato, uguaglianza senza distinzione di religione e laicità dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 3972 ss.; C. OTTINO, *Laicità e multiculturalità: linee di un confronto attuale*, in *Laicità*, 2000, n. 2-3, p. 1 s.; C. OTTINO, *Montagnana assolto. Ma i crocifissi restano fuori posto*, in *Laicità*, 12, 2000, n. 2-3, 9; L. PEDRAZZI, *A proposito di laici e cattolici*, in *il Mulino*, 2000, p. 1141 ss.; P. POMBENI, *A proposito di laici e cattolici*, *ivi*, p. 1144 ss.; V. POSSENTI, *A proposito di laici e cattolici*, *ivi*, p. 1152 ss.; B. RANDAZZO, *Vilipendio della religione: una dichiarazione d'incostituzionalità "obbligata"*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 3979 ss.; F. RIMOLI, *Laicità*, in *Dizionario costituzionale*, a cura di M. AINIS, Roma-Bari 2000, 269-70; S. SICARDI, *Libertà religiosa e laicità: una questione tra cattolici e laici?*, in *Laicità*, 2000, n. 4, p. 5; F. ALBO, *Il principio supremo di laicità dello Stato non passa il vaglio della corte costituzionale in materia di "reati di religione"*, in *Giur. it.*, 2001, c. 2229 ss.; P. FERRARI DA PASSANO, *Sulla laicità dello Stato*, in *Civ. catt.*, 2001, p. 133-42; C. GHISALBERTI, *Laicità e laicismo nell'esperienza italiana*, in *Clio*, 2001, p. 223 ss.; C. MIRABELLI, *Prospettive del principio di laicità dello Stato*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2001, p. 65 ss.; L. STILO, *Dalla "morte" del principio di laicità dello Stato alla sua resurrezione*, in *Il nuovo diritto*, 2001, II, p. 364 ss.; M. VENTURA, *La laicità dell'unione europea*, Torino 2001; C. FANTAPPIÉ, *Riforma religiosa e laicità in Arturo Carlo Jemolo*, in *Materiali storia cultura giuridica*, 2002, p. 183 ss.; F. FINOCCHIARO, *Alle origini della laicità statale*, in *Dir. eccl.*, 2002, p. 1257 ss.; C. FUSARO, *La "laicità" dell'ordinamento italiano davanti alla sfida del neo-giurisdizionalismo*, [www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it](http://www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it), 21 maggio 2002; A. GUAZZAROTTI, *La condizione degli insegnanti di religione e la "foglia di fico" della laicità dello Stato*, [www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it](http://www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it), 9 giugno 2002; S. LARICCIA, *Laicità, garanzia di libertà per tutti*, in *Confronti*, 2002, n. 3, p. 4 ss.; B. RANDAZZO, *Democrazia e laicità a Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 83 ss.; ID., *Unità politica e unità religiosa: un caso di diniego di autorizzazione all'esercizio del culto*,

In questi anni assume sempre maggiore importanza, per l'evoluzione delle istituzioni repubblicane in Italia, il problema dei rapporti che si pongono tra i due concetti di laicità e democrazia pluralista. Le teorie pluraliste sono di grande utilità per potere comprendere il movimento di reazione contro il monismo statalistico e per potere valutare la sfida che il terzo millennio pone al pluralismo, che è quella delle società multiculturali e multietniche: una sfida densa di rischi e

---

*ivi*, p. 623 ss.; ID., L. ZANNOTTI, *La laicità senza riserve (a proposito del libro di G. E. Rusconi, Come se Dio non ci fosse)*, *ivi*, p. 401 ss.; R. BOTTA, *La parità scolastica e la laicità "latitante"*, in *Studi in onore di Anna Ravà*, a cura di C. CARDIA, Torino 2003, p. 153 ss.; G. CIMBALO, *Laicità dello Stato ed esposizione dei simboli religiosi negli uffici pubblici*, [www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it](http://www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it), 11 novembre 2003; COMITATO TORINESE PER LA LAICITÀ DELLA SCUOLA, *Laicità. Domande e risposte in 38 interviste*, Pref. di A. GALANTE GARRONE, Introduzione di C. OTTINO, Torino 2003; S. DOMIANELLO, *Il "diritto ecclesiastico matrimoniale" fra domande di libertà e di eguaglianza ed istanze di laicità dello Stato*, in *Studi in onore di Anna Ravà*, cit., p. 311 ss.; A. FERRARI, *Laicità e religione civile: qualche osservazione su un "matrimonio dispari"*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2003, p. 139 ss.; F. FINOCCHIARO, *Laicità e riforme scolastiche in Francia nella III Repubblica*, in *Studi in onore di Anna Ravà*, cit., p. 411 ss.; C. FUSARO, *Commento agli interventi di Stefano Ceccanti e di Andrea Guazzarotti*, [www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it](http://www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it), 3 novembre 2003; A. GUAZZAROTTI, *Giuristi tra i crocefissi*, [www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it](http://www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it) 30 ottobre 2003; S. LARICCIA, *La Costituzione è la fonte di tutte le garanzie*, [www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it](http://www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it) 19 novembre 2003; ID., *Una legge a garanzia della laicità?*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); 2003; ID., *Torniamo alla Costituzione*, in *Critica liberale*, 2003, p. 171 ss.; A. SANTONI RUGIU, *Un viagra contro il De profundis della laicità*, in *Il Ponte*, 2003, n. 1, p. 3 ss.; A. TONDI DELLE MURA, *Dei politici laici e dei giuristi chierici. Note a margine del dibattito sull'obbligatorietà del crocefisso nelle scuole*, [www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it](http://www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it) 17 novembre 2003; R. TOSI, *Il crocefisso, il pallottoliere e gli altri arredi scolastici*, [www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it](http://www.unife.it/progetti/forumcostituzionale.it) 30 ottobre 2003; S. LARICCIA, *Problemi in tema di laicità dello Stato e delle istituzioni civili*, in *Studi in memoria di Livio Paladin*, Padova 2004, p. 1245 ss.; ID., *La laicità in Italia. Un percorso bibliografico*, in *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino 2004, p. 330 ss.; S. LARICCIA, *L'influenza del fattore clericale sulle politiche pubbliche*, in *Critica liberale*, 12, 2005; ID., *Le radici laiche dell'Europa*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. PANUNZIO, Napoli 2005, p. 247 ss. e in [www.sergiolariccia.it](http://www.sergiolariccia.it); *Variazioni sul tema della laicità. Dialogando a proposito di alcuni principi del Concilio Vaticano II e della libertà religiosa. Un dibattito storico-culturale ancora aperto*, a cura di G. DE GREGORIO, con i saggi di P. BELLINI, G. SARTORI, V. ZANONE, G. ZIZOLA; S. LARICCIA, *La laicità in Italia, oggi*. Introduzione al volume *Le voci della laicità*, a cura di R. CARCANO, Roma 2006, p. 13 ss.; ID., *Guida bibliografica per ulteriori approfondimenti*, *ivi*, p. 269 ss.

di pericoli, ma anche di grandi potenzialità per il futuro dell'umanità.

Perché il principio del pluralismo possa concretamente realizzarsi sul piano istituzionale, occorre perseguire l'obiettivo di una complessiva unità nella tutela delle diversità: obiettivo al quale, nei regimi democratici, tendono i principi di eguaglianza e di solidarietà e le garanzie delle libertà di espressione e di manifestazione del pensiero.

Una considerazione particolare merita il tema della scuola, al quale mi limito qui ad accennare, che si presenta intimamente collegato all'obiettivo del pluralismo religioso e culturale, sulla cui importanza nel sistema costituzionale italiano possono leggersi le sentenze della corte costituzionale 12 aprile 1989, n. 203 e 14 gennaio 1991, n. 13, che può realizzarsi soltanto se le istituzioni scolastiche rimangono imparziali di fronte al fenomeno religioso.

Soltanto una scuola veramente laica, che rispetti tutte le fedi senza privilegiarne alcuna, è in grado di operare su un piano di parità e cioè con piena legittimità costituzionale. L'imparzialità delle istituzioni scolastiche pubbliche di fronte al fenomeno religioso deve realizzarsi attraverso la mancata esposizione dei simboli religiosi nei locali scolastici piuttosto che attraverso l'affissione di una pluralità di simboli che, – come si osserva giustamente nell'ordinanza emessa il 22 ottobre 2003 dal Tribunale de L'Aquila (estensore Montanaro) – non potrebbe in concreto essere tendenzialmente esaustiva e comunque finirebbe per ledere la libertà religiosa negativa di coloro che non hanno alcun credo<sup>55</sup>.

Del problema della presenza dei simboli religiosi nelle scuole si è occupata la Corte costituzionale che, con l'ordinanza n. 389 del 13 dicembre 2004 ha dichiarato la *manifesta inammissibilità* della questione di legittimità costituzionale degli artt. 159 e 190 del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), come specificati, rispettivamente, dall'art. 119 (e allegata tabella C) del r.d. 26 aprile 1928, n. 1297 (Approvazione del regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare), e

---

<sup>55</sup> Con tale ordinanza il Tribunale de L'Aquila, in applicazione dell'art. 700 c.p.c., decideva la rimozione del crocifisso dalle aule di un istituto scolastico di Ofena in Abruzzo; può vedersi in proposito il mio scritto, di adesione all'ordinanza al Tribunale, *Problemi in tema di laicità*, cit. V. anche P. COLELLA, *Crocifisso*, cit. e *ivi* bibliografia citata.

dall'art. 118 del r.d. 30 aprile 1924, n. 965 (Ordinamento interno delle Giunte e dei Regi istituti di istruzione media), e dell'art. 676 del predetto d.lgs. n. 297 del 1994, sollevata, in riferimento al principio di laicità dello Stato e, comunque, agli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per il Veneto con ordinanza del 14 gennaio 2004<sup>56</sup>.

La Corte ha ritenuto manifestamente *inammissibile* la questione di costituzionalità sollevata dal TAR del Veneto in quanto l'impugnazione delle indicate disposizioni del testo unico è stata dalla Corte considerata «il frutto di un improprio trasferimento su disposizioni di rango legislativo di una questione di legittimità concernente le norme regolamentari richiamate»: norme prive di forza di legge, sulle quali non può essere invocato un sindacato di legittimità costituzionale, né, conseguentemente, un intervento interpretativo della Corte costituzionale.

La conclusione accolta dai giudici costituzionale a me pare esatta in quanto, in applicazione dell'art. 134 cost., che si riferisce a *leggi ed atti aventi forza di legge*, il sindacato sui regolamenti è istituzionalmente sottratto alla Corte costituzionale<sup>57</sup> e la pronuncia di inammissibilità di una questione di costituzionalità riguardante norme di natura regolamentare non rappresenta un indebito rifiuto di giudicare, bensì l'adempimento di un obbligo costituzionale, che impone ai giudici costituzionali di non superare il limite posto dall'art. 134 cost. Pur condividendo tuttavia la soluzione accolta dalla Corte costituzionale, è però comprensibile la sensazione di perplessità provocata da una vicenda nella quale pare che, mentre in altri Paesi europei, caratterizzati dalla presenza di società multietniche e multiculturali come la Francia e la Germania, si affronta seriamente (anche se con soluzioni a mio avviso non condivisibili, come sono quelle della legge in Francia e della sentenza costituzionale in Germania) la questione dei simboli religiosi negli spazi pubblici, nell'ordinamento italiano non sussistano invece soluzioni capaci di perseguire l'obiettivo di attuare un principio, quello di laicità della

---

<sup>56</sup> La sentenza può leggersi in *Giur. cost.* 2004, 4280 ss., con osservazioni di S. LARICCIA, G. GEMMA, F. RIMOLI, A. ODDI, A. GIGLIO E S. GATTAMELATA.

<sup>57</sup> Cfr. per tutti L. CARLASSARE, voce *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, p. 605 ss., spec. p. 633.

Repubblica italiana, che da quindici anni, e cioè da quando è stata emessa la sentenza costituzionale n. 203 del 1989, è stato proclamato “principio supremo” dell’ordinamento costituzionale italiano (cfr. anche le altre successive sentenze nn. 13 del 1991, 149 del 1995, 334 del 1996, 329 del 1997); in proposito deve tuttavia ricordarsi che la solenne e retorica proclamazione della laicità come principio supremo dell’ordinamento italiano rappresenta uno dei casi in cui la Corte ha deluso le aspettative di quanti hanno a cuore le esigenze di laicità della società, in quanto il giudice delle leggi (relatore Casavola) ha utilizzato il principio della laicità come fondamento giustificativo dell’insegnamento della religione cattolica «nel quadro delle finalità della scuola e dello Stato», come prevede l’art. 9 del Concordato del 1984: quindi trattasi di un principio elaborato per garantire un principio di confessionalità della scuola pubblica.

A mio avviso, le norme regolamentari che la Corte costituzionale (giustamente) ha ritenuto di non potere sindacare devono ritenersi abrogate, in quanto chiaramente incompatibili con l’art. 676 del T.U. n. 297 del 1994, ma anche e soprattutto con le disposizioni costituzionali di libertà e di eguaglianza in materia religiosa e con la disposizione contenuta nel Protocollo addizionale all’Accordo del 1984 che apporta modificazioni a Concordato lateranense, il quale stabilisce al punto n. 1 che, in relazione all’art. 1 dell’Accordo, «Si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato ai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano».

Il t.u. n. 297 del 1994, che si basa sul superamento del principio di religione cattolica apostolica romana come religione ufficiale dello Stato italiano, principio a cui erano invece ispirate le citate norme regolamentari degli anni 1924 e 1928, persegue l’obiettivo di realizzare una scuola considerata come sede di formazione culturale, nel pieno rispetto della libertà di coscienza degli studenti e degli insegnanti.

Considerando le possibili prospettive per una soluzione del problema della presenza (e della rimozione) dei simboli religiosi nelle scuole e negli altri locali pubblici, a me sembra che l’unica strada percorribile, escludendo quella legislativa, in una situazione nella quale, per il momento non sono certo prevedibili iniziative legislative volte al superamento degli elementi di confessionalità che caratterizzano l’ordinamento italiano (è sufficiente pensare all’entrata in vigore della legge che attribuisce allo Stato l’onere finanziario per

la retribuzione degli insegnanti di religione nella scuola pubblica), è quella che si presenta in ogni caso in cui si evidenzia, con riferimento ai regolamenti, la carenza di ogni altro strumento di garanzia: la soluzione cioè che si può adottare ogni volta che sussistono ipotesi nelle quali il vizio dell'atto normativo consiste in un diretto contrasto del disposto regolamentare con un principio costituzionale, ed esso non è in alcun modo trasferibile a carico di alcuna disposizione di valore legislativo: le norme regolamentari, quando siano ritenute illegittime per contrasto con la Costituzione (non diversamente dai casi in cui siano ritenute illegittime per contrasto con leggi ordinarie) possono e devono essere disapplicate, ai sensi dell'art. 5 della l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E, dai giudici chiamati a farne applicazione<sup>58</sup>.

Non potendosi a mio avviso condividere i tentativi volti a sostenere la tesi che quelle norme secondarie in tema di affissione del crocefisso costituissero specificazione di altre norme di legge, è da ritenere che tali disposizioni regolamentari si pongono in diretto contrasto con diritti e principi costituzionali tra i più coesenziali all'ordinamento, come quelli sulla garanzia dei diritti inviolabili degli uomini e delle donne, sull'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, sulle libertà di religione e di culto, sulla neutralità delle istituzioni pubbliche e sull'imparzialità delle istituzioni scolastiche pubbliche di fronte al fenomeno religioso: imparzialità che deve realizzarsi attraverso la mancata esposizione di simboli religiosi piuttosto che attraverso l'affissione di una pluralità di simboli, che non potrebbe in concreto essere esaustiva e comunque finirebbe per ledere la libertà religiosa negativa di coloro che non hanno alcun credo. Sottratti al sindacato di costituzionalità della Corte costituzionale, i regolamenti sono sottoposti al regime degli atti amministrativi: essi sono dunque *disapplicabili* dal giudice ordinario e annullabili dal giudice amministrativo, qualora risultino in contrasto con norme di fonte legislativa.

La competenza a pronunciarsi su queste fattispecie spetta al giudice ordinario, essendo pacifico, specialmente dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004<sup>59</sup>, che la giurisdizione in tema

---

<sup>58</sup> Cfr. Corte cost. sentenza 27 giugno 1968, n. 72 in *Giur. cost.* 1968, p. 1031 ss. Con nota di V. ONIDA, *Sulla disapplicazione dei regolamenti (a proposito della libertà religiosa dei detenuti)*, *ivi*, p. 1032 ss., spec. p. 1036.

<sup>59</sup> La sentenza è pubblicata in *Giur. cost.*, 2004, p. 2200 ss., con mia nota di com-

di lesione di diritti soggettivi spetta ai giudici ordinari: è la soluzione giustamente accolta dal Tribunale dell'Aquila, in data 22 ottobre 2003. La soluzione giurisprudenziale, indicata dalla Corte costituzionale sin dal 1968 nella sentenza n. 72, con la netta affermazione circa il potere-dovere dei giudici di disapplicare, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 2248 del 1865, alle *E*, i regolamenti ritenuti incostituzionali, confida nei risultati affidati al sindacato diffuso di costituzionalità sulle disposizioni regolamentari e rappresenta un obiettivo che è affidato all'impegno di tutti coloro che continuano a lottare per l'affermazione del principio di laicità della Repubblica italiana.

---

mento, *Limiti costituzionali alla discrezionalità del legislatore ordinario nella disciplina della giustizia amministrativa.*

## *Intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica\**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Norme e principi della Costituzione repubblicana. - 3. Le intese stipulate tra lo Stato italiano e le confessioni religiose diverse dalla cattolica. - 4. I rapporti tra lo Stato italiano e le confessioni religiose «senza intesa». - Bibliografia.

1. *Premessa.* - Con l'entrata in vigore della Costituzione del 1948, entrano in crisi in Italia le concezioni dominanti a proposito del rapporto di necessaria coincidenza tra norme giuridiche e norme statali: in tema di fonti del diritto la Costituzione dell'Italia democratica determina una vera e propria rivoluzione, un autentico sconvolgimento del sistema. Un importante elemento di novità riguarda l'"indicazione" delle fonti del diritto. Di fronte alle poche e scarse indicazioni di quali potessero e dovessero considerarsi fonti del diritto nel sistema del codice civile del 1942, si sostituisce la concezione per la quale alle fonti del diritto previste dalle preleggi si aggiungono tutte le altre fonti del diritto che sono espressione delle autonomie normative riconosciute nella Costituzione.

Le prime tra le formazioni sociali considerate nella Costituzione sono le confessioni religiose (artt. 7 e 8). Il costituente non si limita a considerare il solo problema dell'autonomia normativa della chiesa cattolica, ma prevede una nuova posizione costituzionale per gli ordinamenti delle confessioni religiose diverse dalla cattolica: queste hanno un'autonomia normativa, giacché l'art. 8, co. 1, cost. stabilisce il principio che esse siano «libere di organizzarsi secondo i propri statuti», in quanto questi statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano, e prevede nel co. 3 che i rapporti tra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica siano regolati per legge dello Stato sulla base di intese con le rispettive rappresentanze. Per un periodo assai lungo (trentasei anni!) il principio dell'autonomia normativa delle confessioni religiose diverse dalla cattolica contem-

---

\* In *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, I, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3220-27.

plato nel co. 3 dell'art. 8 cost. non ha trovato attuazione: soltanto nel 1984, con l'approvazione della l. 11 agosto 1984, n. 449 sui rapporti tra lo Stato italiano e le chiese rappresentate dalla Tavola valdese (legge poi modificata con l. 5 ottobre 1993, n. 409), si è posta, a livello di diritto positivo, la configurazione di diritti confessionali che trovano un riconoscimento attraverso lo strumento della legge unilaterale dello Stato, emanata però «sulla base» di intese con le rappresentanze delle confessioni religiose. Come dichiarò il presidente del consiglio Craxi, l'intenzione era quella di inserire le «libere regolamentazioni bilaterali» - quindi tanto il concordato, quanto le intese - «nel quadro di comuni principi fondamentali» destinati in prospettiva a essere trasfusi in una «normativa di diritto comune», valevole per tutte le confessioni, anche senza intesa [sul significato e sull'importanza di tale prospettiva, cfr. N. COLAIANNI (II.11), p. 2325 s.]. Altre intese sono state successivamente stipulate dallo Stato con le confessioni religiose diverse dalla cattolica e sono state approvate dal parlamento con le seguenti leggi: l. 22 novembre 1988, n. 516 di approvazione dell'intesa con l'unione italiana delle chiese cristiane avventiste e l. (di modifica) 20 dicembre 1996, n. 637; l. 22 dicembre 1988, n. 517, di approvazione dell'intesa con le assemblee di Dio in Italia; l. 8 marzo 1989, di approvazione dell'intesa con l'unione delle comunità ebraiche italiane, e l. (di modifica) 20 dicembre 1996, n. 638; l. 12 aprile 1995, n. 116 di approvazione dell'intesa con l'unione cristiana evangelica battista d'Italia; l. 29 novembre 1995, n. 520, di approvazione dell'intesa con la chiesa evangelica luterana in Italia. Il 20 marzo 2000 due nuove intese sono state stipulate dal governo italiano, rispettivamente con la congregazione cristiana dei testimoni di Geova e con l'unione buddhista italiana, ma è in seguito mancata l'approvazione delle leggi da parte dello Stato [cfr. in proposito S. LARICCIA (III.6) e S. STAMMATI (III.7)].

Anche dopo l'approvazione delle intese ricordate sopra, il diritto comune dello Stato rimane pur sempre il diritto applicabile, sia come diritto generale rilevante nei confronti di tutte le confessioni religiose, sia come diritto esclusivo applicabile rispetto a quelle confessioni religiose che o non vogliono o non possono ottenere di stipulare un'intesa con lo Stato. Ed è un problema di non facile soluzione quello di precisare i rapporti tra diritti confessionali e diritto statale come diritto comune per tutti i soggetti.

2. *Norme e principi della Costituzione repubblicana.* - Con la Costituzione del 1948 il sistema riguardante le garanzie di libertà nei confronti delle minoranze religiose viene radicalmente mutato. Con l'art. 20 si pone il rifiuto costituzionale di ogni regime giurisdizionalista: come giustamente si è osservato [G. GUZZETTA (III.5), p. 2626], sorprende che il riferimento all'art. 20 cost. appaia del tutto trascurato nella giurisprudenza costituzionale in tema di intese, e in particolare nelle sentenze della Corte costituzionale n. 195 del 1993 [R. ACCIAI (III.3)] e n. 346 del 2002 [G. GUZZETTA (III.5.)], che hanno dichiarato costituzionalmente illegittimi i provvedimenti legislativi della regione Abruzzi e della regione Lombardia che limitavano l'assegnazione di contributi per la realizzazione di attrezzature destinati alle confessioni religiose alle sole confessioni religiose che avessero realizzato un'intesa con lo Stato, mentre con gli artt. 7 e 8 viene previsto un sistema di coordinazione dei rapporti tra Stato e chiese che, anche se differenziato negli strumenti a seconda che si tratti di quelli riguardanti la chiesa cattolica o le altre confessioni religiose, è analogo nei criteri.

L'art. 8, co. 1, cost. proclama la «eguale libertà» di tutte le confessioni religiose davanti alla legge, con una disposizione che, prima della sua approvazione, determinò una spaccatura in seno all'Assemblea costituente, nella quale venne respinta, con 140 voti contro 135, la proposta tendente a garantire a tutte le confessioni religiose una eguaglianza di trattamento, e non soltanto una eguale libertà [S. LARICCIA (I,6)]. L'art. 8, co. 2, cost. prevede che le confessioni religiose diverse dalla cattolica «hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano» [per una interpretazione di tale disposizione, S. LARICCIA (II.4)]. Nell'art. 8, co. 3, cost. è previsto che la regolamentazione dei rapporti tra Stato e culti diversi dal cattolico avvenga per «legge» dello Stato e che l'atto del Parlamento venga emanato «sulla base di intese» con le rappresentanze delle confessioni.

Nell'individuare il valore delle intese tra Stato e rappresentanza del culto, una parte della dottrina ha attribuito alle «intese» la natura di semplici presupposti politici, sostanzialmente negando ad esse qualunque valore giuridico. Secondo un'altra opinione, le intese vengono al contrario configurate come dei veri e propri concordati. Ambedue le tesi sono state però giustamente criticate sul fondamento di numerose considerazioni. Occorre, innanzi tutto, domandarsi se le

intese alle quali fa riferimento l'art. 8, co. 3, cost. esauriscano la loro funzione sul piano del diritto nazionale e costituiscano convenzioni di diritto pubblico interno, al contrario degli accordi tra Stato e chiesa cattolica, ai quali si riferisce l'art. 7, co. 2, cost., che operano in un ordinamento giuridico distinto da quello dello Stato [sulla natura giuridica delle intese, con particolare riferimento al problema della loro qualifica come atti di diritto interno od esterno, cfr. G. CASUSCELLI (I.7); S. LARICCIA (II.1), p. 467]. Tuttavia, anche ove si ritenga diversa la natura delle intese rispetto a quella dei concordati, non vi è dubbio che le due norme contenute negli artt. 7, co. 2, e 8, co. 3, cost. «si riconducono entrambe ad un principio comune più generale prescrivente che la legislazione statale in materia ecclesiastica non debba essere unilaterale, ma di regola preventivamente concordata» [V. CRISAFULLI (I.1), p. 415]. Nell'art. 8, co. 3, cost., sul fondamento della esigenza di una comune regolamentazione del fenomeno religioso e in conformità alla tendenza a valutare unitariamente l'interesse religioso, è ribadito il principio di bilateralità della legislazione ecclesiastica, rispondente alla separazione tra l'ordine civile e l'ordine religioso, che costituisce il principio istituzionale sulle relazioni tra Stato e chiese in Italia: il principio di bilateralità della legislazione ecclesiastica stabilisce, tanto per la chiesa cattolica quanto per i rimanenti culti, che il legislatore (ordinario) non può legiferare da solo trascurando il consenso degli interessati, senza incorrere in violazioni costituzionali [S. LANDOLFI (I.2); G. PEYROT (I.3, I.13); S. LARICCIA (II.1)].

Per definire la natura giuridica delle intese, occorre considerare la loro incidenza sul procedimento legislativo e determinare, con riferimento ad esso, il momento nel quale deve essere inserita l'intesa. Poiché la Costituzione prevede che la legge dello Stato debba essere emanata sulla base di un'intesa, è da ritenere che quest'ultima costituisca un *prius* rispetto al normale procedimento legislativo e che l'assenza di preventivi accordi si risolva in una violazione degli obblighi imposti allo Stato dall'art. 8, co. 3, cost.; la discrezionalità del legislatore deve ritenersi limitata alla facoltà di non emanare la legge predisposta sulla base dell'intesa, quando ritenga di non poterla approvare nei termini precisati nell'intesa [C. MORTATI (I.10), p. 1179]. Il vincolo derivante dalle intese fa sì che, qualora durante la discussione parlamentare si intendesse modificare il testo preventivamente concordato, il carattere vincolante delle intese determina la conseguente

inammissibilità di ogni modifica rispetto ad esse: le intese vincolano il legislatore a legiferare nell'assoluto rispetto degli accordi previamente intervenuti; né il legislatore ordinario, una volta approvata la legge, potrebbe unilateralmente abrogarla, senza violare l'art. 8, co. 3, cost., giacché è inammissibile che, abrogando la legge, il legislatore (ordinario) possa nuovamente sottoporre, in modo unilaterale, le confessioni diverse dalla cattolica alle disposizioni del diritto comune. Oggetto delle intese, e quindi della legge dello Stato italiano relativa ai rapporti con le confessioni diverse dalla cattolica, possono essere il conferimento di effetti agli atti emanati dagli organi confessionali, il riconoscimento di scuole e titoli di studio, la concessione di sussidi e agevolazioni per l'attribuzione della personalità giuridica a istituti delle confessioni stesse. L'intesa non potrà invece incidere su diritti di libertà già garantiti in altre norme costituzionali (artt. 8, co. 1, e 19 cost.), ed è pertanto inammissibile che lo Stato possa, previa intesa con la rappresentanza di una confessione diversa dalla cattolica, limitare la libertà di religione dei cittadini e dei gruppi sociali: tale diritto è garantito nella Costituzione e non è suscettibile di alcuna limitazione, sia pure con il consenso di coloro ai quali lo Stato riconosce il potere di rappresentare gli interessi religiosi dei cittadini non cattolici in Italia. Non sembra sussista un criterio idoneo a far distinguere, nella categoria delle formazioni sociali con finalità religiosa, i gruppi sociali dotati dei caratteri indispensabili per configurarli quali "confessioni" legittimate a porsi in rapporto con lo Stato, ai sensi dell'art. 8, co. 3 [cfr. sul punto A. FABBRI (II.5)]: questo significa che il Governo e il Parlamento, cioè gli organi dello Stato ai quali compete, rispettivamente, di intraprendere e di concludere le intese e, successivamente, di approvare la legge emanata in base alle intese, sono investiti del potere discrezionale di accertare se ricorrono o meno gli estremi che inducano a far riconoscere in un gruppo sociale una «confessione religiosa» e rendano quindi possibile, ai sensi dell'art. 8, co. 3, cost., la disciplina dei suoi rapporti nei confronti dello Stato.

3. *Le intese stipulate tra lo Stato italiano e le confessioni religiose diverse dalla cattolica.* - Alcuni dei problemi sin qui considerati sono stati riesaminati alla luce di quanto previsto, dopo il 1984, nelle leggi emanate sulla base delle intese stipulate dallo Stato italiano con le confessioni religiose di minoranza.

Dopo che il 21 febbraio 1984 lo Stato italiano ha stipulato l'intesa per la disciplina dei rapporti con le chiese rappresentate dalla Tavola valdese, le opinioni dottrinali per tanti anni esposte con riferimento a una norma costituzionale priva di attuazione, quella dell'art. 8, co. 3, hanno potuto collegarsi con un'esperienza concreta, che ha consentito di esaminare, in modo più preciso ed esauriente di quanto non fosse stato possibile in passato, un complesso di problemi riguardanti la materia religiosa e di definire le linee di tendenza per una più soddisfacente regolamentazione del sistema di diritto ecclesiastico dell'Italia democratica.

I problemi della qualifica delle intese e delle successive leggi dello Stato e della loro posizione nel procedimento contemplato dal costituente per la disciplina dei rapporti tra lo Stato italiano e le confessioni di minoranza si collegano alle questioni costituzionali e di politica legislativa e alle tendenze della prassi legislativa, amministrativa e giurisdizionale degli ultimi decenni sulle relazioni tra gruppi sociali e amministrazione dei poteri pubblici in Italia [S. LARICCIA (II.1)].

L'interpretazione più esatta dei principi che, nell'art. 8, co. 3, cost., prevedono una vera e propria fattispecie di leggi negoziate è quella che non considera l'intesa elemento integrativo necessario del procedimento legislativo dal punto di vista tecnico-giuridico, dovendosi condividere la tesi che riconduce le leggi sulla base di intese alla categoria delle leggi «a presupposto necessario e vincolante» [C. MORTATI (I.10) p. 1179]. L'adesione a questa tesi non comporta tuttavia conseguenze decisamente rilevanti in ordine al problema della definizione di quale sia il valore dell'intesa, giacché in ogni caso, e quindi anche nell'ipotesi che si inquadri il fenomeno nell'ambito delle leggi «a procedura integrata» [C. LAVAGNA (I.16), p. 233] o dell'atto complesso [G. QUADRI, (I.4)], la conclusione è la medesima: sono costituzionalmente illegittime le leggi adottate senza l'intesa o discostandosi dall'intesa in quanto la discrezionalità del legislatore si limita alla «facoltà di non emanare la legge predisposta sulla base dell'intesa quando gli sembri che essa, nei termini formulati con l'accordo, non sia da accettare» [C. MORTATI (I.10), p. 1179; V. ONIDA (II.12)].

Non è questa la sede per esaminare i contenuti delle intese sinora stipulate. Va qui ricordata l'importante conseguenza che si è verificata a seguito dell'entrata in vigore delle sei leggi emanate sulla base delle intese: per le sei confessioni stipulanti hanno cessato di avere

efficacia, con decorrenza dall'entrata in vigore delle singole leggi, la legislazione sui «culti ammessi» del 1929-'30 e ogni altra norma in contrasto con le intese. Il contenuto delle intese sarà, dalle parti, sottoposto al riesame, al termine del decimo anno dall'entrata in vigore della legge relativa. Nel Preambolo vi è un richiamo ai principi sanciti dalla Costituzione in tema di libertà religiosa, così come vengono richiamati alcuni atti internazionali che assumono notevole importanza per le garanzie di libertà dei cittadini e dei gruppi religiosi nel nostro Paese: la dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948, la convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, i patti internazionali relativi ai diritti economici, sociali, culturali e ai diritti civili e politici del 16 dicembre 1966 e, nell'intesa con l'unione delle comunità ebraiche italiane, la dichiarazione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di intolleranza e di discriminazione basate sulla religione o sulle credenze del 25 novembre 1981, la convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 7 marzo 1966, nonché la dichiarazione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1959.

Il nucleo delle materie disciplinate, comune a quello del concordato stipulato tra l'Italia e la Santa Sede il 18 febbraio 1984, riguarda l'assistenza spirituale, l'istruzione religiosa, il riconoscimento civile del matrimonio religioso e il riconoscimento degli enti confessionali. Altre materie più specifiche, che assumono una notevole importanza per una valutazione dei contenuti delle singole intese, sono quelle della tutela penale, del giuramento a capo coperto, della concessione di reparti speciali dei cimiteri per la sepoltura perpetua dei defunti ebrei, del riposo sabbatico, dell'obiezione di coscienza al servizio militare, dell'esenzione tributaria per i trasferimenti di immobili [per l'esame delle singole disposizioni contenute nelle intese si rinvia alle indicazioni contenute in *Bibliografia*, II].

4. *I rapporti tra lo Stato italiano e le confessioni religiose «senza intesa».* - Le confessioni religiose che hanno stipulato intese con lo Stato italiano hanno conseguito l'obiettivo dell'abrogazione della legislazione del 1929-'30 sui culti ammessi: tale obiettivo ha invece trovato sinora ostacoli insormontabili per i numerosi culti che hanno il diritto di pretendere l'applicazione nei loro confronti dei nuovi principi

costituzionali sulle libertà delle confessioni religiose e che tuttavia continuano a vedere disciplinata la loro attività dai principi della legislazione fascista emanata con riferimento ai c.d. culti ammessi.

Secondo un'interpretazione sostenuta in dottrina, poiché il Costituente ha previsto, negli artt. 7 e 8, il principio della bilateralità della produzione legislativa in materia ecclesiastica, lo Stato italiano non ha potuto sinora, e non potrebbe ora, prevedere, con un provvedimento legislativo unilaterale, l'abrogazione delle leggi emanate negli anni 1929-'30 sui culti diversi dal cattolico, leggi che non furono concordate bilateralmente: si osserva infatti che se la garanzia dell'art. 8, co. 3, cost. è una garanzia di libertà e se le intese hanno voluto garantire certi aspetti specifici della libertà, ove si riconoscesse al Parlamento il potere di abrogare quella legge e creare un vuoto legislativo o riportare le confessioni diverse dalla cattolica al diritto comune, tale soluzione vanificherebbe la garanzia che è stata data attraverso la legge preceduta dalle intese. In proposito è tuttavia da notare che una semplice abrogazione dei provvedimenti del 1929-'30 sui culti non cattolici, che riportasse il regime di queste confessioni al regime del diritto comune, non richiederebbe di per sé una previa intesa, perché, in questo caso, non vi sarebbe disciplina speciale (quindi non vi sarebbe il presupposto positivo che rende necessaria l'intesa) e non vi sarebbe il mutamento di uno *status* bilateralmente concordato, perché queste leggi non sono derivate da un accordo [V. ONIDA (I.12), p. 42]. Probabilmente non sarebbe neppure necessaria una previa intesa per abrogare con legge le norme (sui «culti ammessi») in contrasto con la Costituzione, che già non siano state dichiarate costituzionalmente illegittime dalla Corte costituzionale, dovendo ritenersi che un'intesa occorrerebbe solo nell'ipotesi che con legge unilaterale volesse introdursi una nuova disciplina speciale, derogatoria del diritto comune [S. LARICCIA (III.2), p. 151].

La questione assume una notevole importanza pratica per l'esame del problema relativo alla disciplina delle «confessioni senza intesa», di quei gruppi religiosi, cioè, che, per qualunque motivo, non abbiano stipulato intese relative alla disciplina dei loro rapporti con lo Stato italiano [G. PEYROT (II.1), p. 619 s.; S. LARICCIA (III.2), p. 152]. Questo problema si riferisce all'ipotesi che determinate confessioni operanti nella comunità statale assumano rilevanza senza che i rispettivi diritti positivi abbiano contatto con il diritto positivo dello Stato in

applicazione dell'art. 8, co. 3, cost. In proposito costituisce problema di non facile soluzione quello di definire gli strumenti ai quali il Governo possa ricorrere per attuare, nei confronti delle confessioni religiose prive di intesa, i generali principi della Costituzione in tema di solidarietà sociale, di eliminazione degli ostacoli che impediscono l'effettivo esercizio delle libertà e il conseguimento dell'uguaglianza giuridica degli individui, consentendo in tal modo di purificare tali religioni e i loro istituti ad altri organismi sociali.

In linea di principio, è ammissibile una normativa di "diritto comune" riguardante le confessioni religiose che non accettino il modello convenzionale previsto dalla Costituzione per i rapporti tra lo Stato e le rappresentanze dei diversi culti [sulla riconduzione del fenomeno confessionale a quello associativo può vedersi S. LARICCIA (II.1), p. 246]: il divieto costituzionale di una regolamentazione giurisdizionalistica dei rapporti tra Stato e confessioni religiose – in questo consiste l'essenza del principio di bilateralità della produzione legislativa in materia ecclesiastica – non comporta infatti che lo Stato, «qualunque norma detti o possa ritenere di dover dettare in materia di regime delle confessioni religiose o di organizzazioni religiose, debba sempre e necessariamente essere vincolato al principio della bilateralità» [V. ONIDA (I.12), p. 36]. È chiaro però che non potrebbe trovare attuazione l'intento di modificare i provvedimenti legislativi del 1929-'30 sui «culti ammessi» introducendo una nuova «disciplina speciale», giacché in questo caso occorrerebbe un'intesa, come un'intesa sarebbe necessaria per introdurre, in assenza di qualsiasi legge, una disciplina speciale [V. ONIDA (I.12), p. 42]. Sarebbe dunque costituzionalmente illegittimo un provvedimento legislativo unilaterale nel quale si pretendesse di ribadire gli istituti preventivi e repressivi contenuti nelle leggi sui «culti ammessi» del 1929-'30, ed è certamente da temere la prospettiva consistente in un semplice aggiornamento della legislazione riguardante le confessioni religiose diverse dalla cattolica, che tuttavia non si risolva in effettivo mutamento dei principi previsti durante il ventennio fascista e divenuti inaccettabili con l'entrata in vigore della Costituzione democratica. Sono invece ipotizzabili due ulteriori soluzioni: la prima consistente in una semplice abrogazione di tutta la legislazione del 1929-'30; la seconda nella previsione di un disegno di legge, emanato in attuazione dell'art. 3, 2° co., cost., volto a rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impedi-

scono il pieno sviluppo della persona umana nel settore riguardante la vita religiosa: in questa seconda ipotesi si tratterebbe in sostanza di un semplice adeguamento di tali leggi alla Costituzione, consistente nella soppressione delle norme, e solo delle norme, che si pongono in contrasto con la Costituzione [per una precisazione dei contenuti di un tale provvedimento legislativo cfr. G. PEYROT (III.1), p. 383; S. LARICCIA (III.2), p. 155]. La prima soluzione appare quella preferibile: essa potrebbe trovare attuazione mediante la presentazione di un disegno governativo o di una proposta parlamentare in vista di una legge aventi il seguente tenore: «La legge 24 giugno 1929, n. 1159 sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e il regio decreto 28 febbraio 1930, n. 289 contenente norme per l'attuazione della predetta legge sono abrogati». L'approvazione di un provvedimento legislativo avente tale contenuto avrebbe l'effetto di determinare un profondo mutamento della situazione di inattuazione costituzionale favorita dall'insensibilità, soprattutto del Governo e della burocrazia, ma anche di larga parte della dottrina e della giurisprudenza, per le esigenze di rispetto dei diritti riconosciuti dalla Costituzione alle minoranze religiose.

Da molto tempo è in attesa di approvazione in Parlamento un progetto di legge di iniziativa governativa presentato alla camera dei deputati nella XIV legislatura (n. 2531 del 18 marzo 2002), con il titolo *Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi*. Il progetto di legge è composto di quarantadue articoli disciplinati in quattro capi: I. *Libertà di coscienza e di religione*; II. *Confessioni e associazioni religiose*; III. *Stipulazione di intese ai sensi dell'articolo 8 della costituzione*; IV. *Disposizioni finali e transitorie*. L'ultimo articolo (*Abrogazioni*) prevede che «Sono abrogati la legge 24 giugno 1929, n. 1159, ed il regio decreto 28 febbraio 1930, n. 289»: quest'ultima disposizione è di grande importanza ed urgenza, ma a mio avviso sarebbe opportuno che il legislatore rinunciasse al proposito di approvare le disposizioni contenute nei quarantuno articoli precedenti e si limitasse ad approvare una legge – breve, chiara e concisa – contenente esclusivamente l'abrogazione della c.d. legislazione sui culti ammessi degli anni 1929-'30.

Sussistono infatti forti perplessità sull'opportunità di perseguire l'obiettivo di una legge sulla libertà religiosa in Italia, una legge che, a mio avviso, risponde all'intento di ridurre l'estensione di alcune garanzie costituzionali (anche per le preoccupazione che suscita, in

alcuni settori della classe politica italiana, il fenomeno della presenza in Italia di sempre più numerosi musulmani) e di estendere all'intera disciplina del fenomeno religioso quella "logica concordataria" che in Italia dal 1929 costituisce la regola dei rapporti tra Stato e confessioni religiose e che, da più di vent'anni, e cioè dal 18 febbraio 1984, caratterizza l'ordinamento democratico in materia religiosa, costituendo una pesante ipoteca sull'esercizio dei diritti di libertà e di uguaglianza nel nostro Paese.

Che l'abrogazione della legislazione fascista degli anni 1929-'30 costituisca un obiettivo degno di essere perseguito non giustifica l'approvazione di una legge che è più restrittiva, per l'esercizio dei diritti di libertà e di uguaglianza, rispetto alle disposizioni della Carta costituzionale del 1948. Molte disposizioni del progetto di legge in attesa di approvazione – ricordo a titolo d'esempio quelle relative al riconoscimento della personalità giuridica, disciplinato negli artt. 16-19 del progetto, con la previsione di un riconoscimento di tipo amministrativo, anziché normativo – sono ancorate a regole e principi che caratterizzavano il sistema giuridico italiano negli anni anteriori all'entrata in vigore della Costituzione italiana.

È invece auspicabile che, per la garanzia dei diritti di libertà e di uguaglianza dei cittadini e dei non cittadini in Italia, rimangano nella loro pienezza le garanzie contemplate nella Costituzione. In proposito ho avuto più volte occasione di esprimere l'opinione che i concordati non costituiscono, nelle società democratiche, strumenti idonei a disciplinare i rapporti tra Stati e chiese e che, in Italia, un semplice aggiornamento dei patti del 1929 sarebbe risultato inadeguato a soddisfare le fondamentali esigenze dell'eguale libertà dei cittadini e dei gruppi sociali in materia religiosa e dell'imparzialità dello Stato in tale materia; sarebbe stato preferibile che lo stato italiano, dopo il 1948, si orientasse a favore dell'applicazione del diritto comune, in primo luogo delle disposizioni generali del diritto costituzionale in materia religiosa.

Politica concordataria e regime delle intese sono argomenti collegati, considerando che, quando si è deciso di concludere la lunga vicenda della revisione concordataria, un fattore che ha influito sull'orientamento in tal senso degli organi statali è stato rappresentato dalla disponibilità a favore della politica delle *intese* da parte dei rappresentanti di alcune confessioni religiose diverse dalla cattolica [P. BELLINI (I.14)].

I concordati e le intese fanno comunque parte del nostro ordinamento giuridico e purtroppo non è prevedibile una loro abrogazione a breve distanza di tempo, per cui le scelte del passato devono condizionare gli orientamenti del futuro: nuove intese possono essere dunque necessarie, soprattutto se riguardano confessioni favorevoli a impostare i rapporti con lo Stato in una prospettiva che non implichi richiesta di privilegi o assunzione di poteri sulle coscienze individuali e sulle strutture della società.

### *Bibliografia*

I. Sulle “intese” dopo l’entrata in vigore della Costituzione, I. V. CRISAFULLI, *Art. 7 della Costituzione e «vilipendio della religione dello Stato»*, in *Arch. pen.*, 1950, II, 415; 2. S. LANDOLFI, *L’intesa fra Stato e culto acattolico. Contributo alla teoria delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*, Napoli, Jovene, 1962; 3. G. PEYROT, *La legislazione sulle confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *La legislazione ecclesiastica*, a cura di P.A. D’AVACK, Vicenza, Neri Pozza, 1967, p. 519 ss.; 4. G. QUADRI, *Un presunto caso di legge atipica: la legge che regola i rapporti fra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in AA.VV. (I.6), p. 555 ss.; 5. C. CERETI, *Considerazioni su le previe intese con le confessioni religiose (art. 8 u.c. Cost.)*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, II, Padova, Cedam, 1972, p. 1013 ss.; 6. S. LARICCIA, *L’eguaglianza delle confessioni religiose di fronte alla legge*, in AA.VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 421 ss.; 7. G. CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano, Giuffrè, 1974; 8. F. FINOCCHIARO, *Art. 7 e 8*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Art. 1-12, Principi fondamentali*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1975; 9. S. LARICCIA, *La libertà religiosa nella società italiana*, in *Teoria e prassi delle libertà di religione*, a cura di P. BELLINI, Bologna, il Mulino, 1975; 10. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, IX ed., Padova, Cedam, 1976, p. 1179 ss.; 11. AA.VV., *Le intese tra Stato e confessioni religiose. Problemi e prospettive*, Milano, Giuffrè, 1978; 12. V. ONIDA, *Profili costituzionali delle intese*, in AA.VV. (I.10), p. 25 ss.; 13. G. PEYROT G., *Significato e portata delle intese*, in AA.VV. (I.11), p. 49 ss.; 14. P. BELLINI, *La tentazione concordataria. A proposito del progetto d’intesa con la Chiesa valdo-metodista*, in *il tetto*, 1980, p. 270 ss.; 15. N. COLAIANNI, *L’istituto dell’intesa alla prova: il progetto di intesa tra Stato e Chiesa valdo-metodista*,

I e II, *ivi*, pp. 175 e 253; 16. C. LAVAGNA *Istituzioni di diritto pubblico*, IV ed., Torino, Utet, 1982.

II. Sull'attuazione del principio contenuto nell'art. 8, co. 3, cost., 1. S. LARICCIA, *L'attuazione dell'art. 8, 3° comma, della costituzione: le intese fra lo stato italiano e le chiese rappresentate dalla Tavola valdese*, in *Dir. eccl.*, 1984, I, p. 467 ss.; 2. G. LONG, *Intese con le Chiese rappresentate dalla Tavola valdese*, in *Enc. giur.*, XVII, 1989, p. 1 ss.; 3. G. PEYROT, *Confessioni diverse dalla cattolica*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., III, 1989, p. 355 ss.; 4. S. LARICCIA, *Statuti delle confessioni religiose*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 1071 ss.; 5. A. FABBRI, *Note sui soggetti capaci di intese ai sensi del III comma dell'art. 8 della Costituzione*, in *Dir. eccl.*, 2000, I, p. 926 ss.; 6. S. LARICCIA, *Leggi sulla base di intese e garanzie di libertà religiosa*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 273 s.; 7. S. STAMMATI, *Altre due intese tra Stato e confessioni religiose in attesa dell'approvazione*, *ivi*, 2000, V, c. 276 ss.; 8. N. COLAIANNI, *Intese (diritto ecclesiastico)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 698 ss.; 9. B. RANDAZZO, *La legge sulla base di intese tra Governo, Parlamento e Corte costituzionale. Legge di approvazione?*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2001, 213 ss.; 10. A. GUAZZAROTTI, *Le minoranze religiose tra potere politico e funzione giurisdizionale: bontà e limiti del modello italiano*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 213 ss.; 11. N. COLAIANNI, *A vent'anni dalla prima intesa. Un'analisi economica*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2004, p. 233 ss.; 12. M. PARISI, *Promozione della persona umana e pluralismo partecipativo: riflessioni sulla legislazione negoziata con le Confessioni religiose nella strategia costituzionale di integrazione delle differenze*, in *Dir. eccl.*, 2004, I, p. 389 ss.

III. Sulle confessioni religiose senza intesa, 1. G. PEYROT, *Condizione giuridica delle confessioni religiose prive di intesa*, in *Dir. eccl.*, 1984, I, p. 619 ss.; 2. S. LARICCIA, *Coscienza e libertà. Principi costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Bologna, il Mulino, 1989, p. 150 ss.; 3. R. ACCIAI, *La sent. n. 195 del 1993 della Corte costituzionale e sua incidenza sulla restante legislazione regionale in materia di finanziamento all'edilizia di culto*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2151 ss.; 4. F. CORVAJA, *Rimedi giuridici contro il diniego di intesa con le confessioni religiose*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 227 ss.; 5. G. GUZZETTA, *Non è l'“eguale libertà” a legittimare l'accesso ai contributi regionali delle confessioni senza intesa*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2624 ss.; 6. A. ODDI, *Non c'è privacy senza intesa?*, *ivi*, p. 345 ss.; 7. F. FINOCCHIARO, *Il concordato del 1984 e le intese. Le confessioni senza intesa*, in *Dalla legge sui cui ammessi al progetto di legge sulla libertà religiosa*, a cura di G. LEZIROLI, Napoli, Jovene, 2004, p. 5 ss.

# *L'impegno di Piero Calamandrei per la laicità dell'Italia democratica\**

## 1. *Premessa*

Non sono molti, nella vastissima bibliografia di Piero Calamandrei, gli scritti espressamente dedicati al problema della laicità in Italia<sup>1</sup>, ma essi costituiscono alcuni tra i contributi più significativi fra quelli pubblicati nel decennio 1947-1956, un periodo che, per vari motivi, ha avuto una grande importanza per l'evoluzione della società italiana.

In queste pagine vorrei richiamare l'attenzione sugli aspetti più rilevanti del contributo fornito da Calamandrei all'affermazione e alla realizzazione di quei principi di laicità e di libertà senza i quali una società non può ritenersi né civile né democratica.

## 2. *I rapporti tra stato e chiesa cattolica nella costituzione*

La prima occasione nella quale Calamandrei si impegnò per una battaglia a favore di nuovi principi in tema di rapporti tra lo stato italiano e le confessioni religiose fu rappresentata dal celebre discorso pronunciato in assemblea costituente, nella seduta del 20 marzo 1947<sup>2</sup>, a proposito della disposizione dell'art. 5 del progetto di costituzione:

---

\* In *Il Ponte*, 62, n. 12, pp. 78-94.

<sup>1</sup> Per una più ampia e documentata analisi sul contributo di Calamandrei per la valutazione del problema religioso in Italia e delle libertà in tema di religione, cfr. il mio scritto *Il contributo di Piero Calamandrei per la laicità dello Stato e la libertà religiosa in Italia*, nel volume a cura di P. BARILE, *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 455-88.

<sup>2</sup> Cfr. il testo dell'intervento *Contro l'inclusione dei Patti Lateranensi nella Costituzione*: le citazioni dei brani riportati nel testo sono tratte dal volume *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Roma, Camera dei deputati - Segretariato Generale, 1970, pp. 513-20.

la disposizione che in seguito diverrà il vigente art. 7 della costituzione e che prevede, con riferimento ai rapporti tra stato e chiesa cattolica, che essi «sono regolati dai Patti Lateranensi».

L'intervento ha inizio con una dichiarazione di aperta polemica riguardante l'atteggiamento ambiguo assunto da alcuni colleghi in assemblea costituente (la polemica si riferisce in particolare alla posizione assunta dal partito comunista italiano a proposito dell'art. 7 cost.). Calamandrei infatti ironicamente dichiara:

Noi siamo fermamente e recisamente contrari all'articolo 5 com'è attualmente formulato, e per questo voteremo contro. Parrebbe superfluo mettere in evidenza questa che sembra una conseguenza di logica elementare; ma noi lo dichiariamo per distinguerci da quei colleghi autorevolissimi, i quali sono contrari all'articolo 5 e per questo voteranno a favore<sup>3</sup>.

Le ragioni del voto contrario di Calamandrei, a nome anche del gruppo al quale egli apparteneva, sono esposte con la consueta chiarezza: esse sono fondate sull'esigenza di porre in evidenza e contestare due errori, quelli che Calamandrei definisce «errore di carattere giuridico ed errore di carattere storico-politico»<sup>4</sup>.

In particolare, con riferimento alla disposizione contenuta nell'art. 7, 1° comma – *Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani* – Calamandrei si propone di dimostrare che, poiché lo stato è sovrano e non c'è bisogno che la chiesa ne riconosca la sovranità, la disposizione era assurda, come lo sarebbe stata una eventuale norma che si proponesse di dichiarare che «L'Italia e la Francia sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani». In proposito Calamandrei esamina l'osservazione di Togliatti che, nella discussione svoltasi sul punto nella commissione dei settantacinque, aveva osservato, contestando l'opinione dello stesso Calamandrei, che quando si tratta di stato e chiesa, si tratta di due ordinamenti che vivono in due diversi ordini, ed appunto perché sono due ordinamenti su piani diversi questo riconoscimento reciproco di sovranità diventa necessario.

---

<sup>3</sup> Cfr. *La Costituzione della Repubblica*, cit., p. 513.

<sup>4</sup> *Ivi*, p. 513.

Questa argomentazione dell'onorevole Togliatti non mi persuade – dichiara Calamandrei –. Perché questo riconoscimento è qui necessario? Se veramente questi due ordinamenti vivessero su piani diversi, non mi pare che da ciò deriverebbe la conseguenza voluta da Togliatti. In che potrebbe consistere la diversità di piano di questi due ordinamenti? Si potrebbe pensare che lo Stato regoli l'ordine temporale, e la Chiesa regoli l'ordine spirituale: ma se così fosse, se veramente questi due ordinamenti fossero interamente su piani distinti, in diverse dimensioni per così dire, questi due ordinamenti non si incontrerebbero mai; non ci sarebbe mai fra essi ragione di conflitto; e non vi sarebbe bisogno dunque di reciproco riconoscimento. In realtà, la ragione per la quale invece sorge l'opportunità di regolare le relazioni tra questi due ordinamenti è che vi è un terreno sul quale questi due ordinamenti sono tutti e due della stessa natura, tutti e due dello stesso ordine: di natura temporale, cioè, di natura politica. Ed è proprio questo terreno di carattere politico, in cui si verifica l'incontro e in cui nasce il problema<sup>5</sup>.

Ma se è proprio il contrasto tra due ordinamenti, ambedue politici, che bisogna cercare di regolare, secondo Calamandrei

è un vaniloquio il formulare norme come quelle del primo comma dell'articolo 5, in cui questi due ordinamenti riconoscono reciprocamente la propria sovranità, perché quando si arriverà su un terreno pratico in cui nascerà il conflitto ed in cui si troveranno nei due ordinamenti norme divergenti e contrastanti, allora si tratterà di stabilire se devono prevalere gli ordinamenti dello Stato, la cui sovranità è stata riconosciuta dalla Chiesa, o se devono prevalere gli ordinamenti della Chiesa, la cui sovranità è stata riconosciuta dallo Stato!<sup>6</sup>

Calamandrei conclude con una valutazione ed una previsione che risulteranno poi pienamente confermate dall'esperienza dei successivi sessant'anni di applicazione della norma costituzionale allora discussa:

---

<sup>5</sup> *Ivi*, p. 514.

<sup>6</sup> *Ivi*, p. 515.

Parliamoci chiaro; questa norma del primo comma è assolutamente superflua; è messa lì per far credere di aver risolto un problema che in realtà rimane insoluto, con una frase che sembra piena di significati arcani, ma che in realtà non significa nulla<sup>7</sup>.

L'impegno di Calamandrei in assemblea costituente viene però principalmente esercitato per opporsi al progetto di richiamare nella carta costituzionale i patti lateranensi stipulati nel 1929 dal governo fascista.

In primo luogo egli si propone di chiarire le conseguenze che avrebbe avuto l'approvazione del secondo comma dell'art. 5, nella formula «I loro rapporti sono regolati dai Patti lateranensi». La prima conseguenza di tale proposta consisteva, secondo Calamandrei, nell'introdurre nella costituzione una serie di norme non modificabili altro che col consenso di un'altra potenza:

Ma questa, onorevoli colleghi, è una ben grave menomazione! Io mi domando perfino se nel mandato che noi abbiamo avuto dal popolo [...] ci sia, tra i poteri che ci sono stati delegati, quello di consentire rinunce e menomazioni alla sovranità italiana; di quella sovranità che è nostro dovere affermare, difendere e tener alta ed intatta nella nostra Costituzione<sup>8</sup>.

La seconda conseguenza è quella sulla quale si sono soffermate ripetutamente, ora per sostenerla, ora per contestarla, la dottrina e la giurisprudenza negli ultimi sessant'anni, consistente nell'introdurre

di soppiatto nella Costituzione, mediante rinvio, quelle tali norme occulte, leggibili solo per trasparenza, che saranno in urto con altrettanti articoli palesi della nostra Costituzione, i quali in realtà ne rimarranno screditati e menomati<sup>9</sup>.

Non è possibile qui ricordare l'analisi ampia ed approfondita che

---

<sup>7</sup> *Ivi*, p. 515.

<sup>8</sup> *Ivi*, p. 515.

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 515.

Calamandrei svolge per dimostrare, con argomenti a mio avviso difficilmente contestabili, la menomazione che i principi costituzionali di uguaglianza dei cittadini di fonte alla legge, della libertà di coscienza, della libertà di insegnamento, della attribuzione esclusiva allo stato della funzione giurisdizionale avrebbero subito per effetto dell'applicazione di molte disposizioni dei patti lateranensi coerenti con la logica del regime fascista ma inaccettabili nella prospettiva dei diritti di libertà e di uguaglianza la cui attuazione rappresenta un impegno di ogni ordinamento democratico.

Lo Stato autoritario non si cura di difendere i diritti di libertà; ci ha rinunciato, li ha mandati in soffitta. Quindi è naturale che la Chiesa, trattando con uno Stato autoritario, il quale non si interessava di difendere i diritti di libertà, che non appartenevano più a quella concezione costituzionale sulla quale questo tipo di Stato era costruito, cercasse, di fronte a questo atteggiamento remissivo dell'altro contraente, di affermare in maniera assai penetrante la confessionalità dello Stato, colla quale la Chiesa ha potuto limitare, secondo i suoi fini, la libertà di coscienza, dal momento che lo Stato, naturale custode di essa, aveva rinunciato a difenderla. Ma questo non si può più fare con lo Stato democratico, perché questo ha una struttura diversa, perché lo Stato democratico considera come suo compito essenziale la difesa di quei diritti di libertà di cui lo Stato autoritario non prendeva più cura. Bisogna quindi tener conto di questa diversità di struttura e di atteggiamento, di questa diversità di situazioni storiche; e non si può credere di poter mantenere domani, senza le opportune concordate modificazioni, questi accordi che sono nati in un clima in cui le esigenze democratiche non erano sentite e potevano quindi non essere rispettate<sup>10</sup>.

Nella conclusione del discorso viene poi esaminata la tesi sostenuta dai rappresentanti del partito democristiano che il richiamo dei patti lateranensi nella costituzione era giustificato per l'esigenza di garantire la pace religiosa. Calamandrei non nega l'importanza che la pace religiosa avrebbe assunto per la costruzione della nuova società democratica, ma nega che essa potesse trovare il suo fondamento nei

---

<sup>10</sup> *Ivi*, p. 518.

patti del Laterano, anziché nell'attuazione dei diritti di libertà e di eguaglianza garantiti dalla carta costituzionale:

onorevoli colleghi, credete veramente che la pace religiosa provenga proprio dai Patti lateranensi e da questa menzione di essi che si vorrebbe inserire nella Costituzione? In realtà in Italia la pace religiosa c'è; ma c'è, perché è nello spirito, nei cuori; perché è diffusa nella coscienza del popolo<sup>11</sup>.

È nota la conclusione del dibattito sul vigente art. 7 cost. Il 25 marzo 1947, in una delle sedute alle quali ha fatto più spesso riferimento il dibattito politico negli ultimi decenni di storia costituzionale, l'assemblea costituente ha approvato la norma nella quale è stabilito che «lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani», che i rapporti tra stato e chiesa cattolica «sono regolati dai Patti lateranensi» e che «le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale».

Sul problema della discussione e del voto riguardanti l'art. 7 cost., Calamandrei ritornerà nell'articolo, rimasto giustamente famoso, pubblicato nel fascicolo n. 4 della terza annata della rivista «Il Ponte»<sup>12</sup>. In questo articolo Calamandrei fa notare che per capire quali sono stati i veri motivi che hanno portato all'approvazione a grande maggioranza, con l'appoggio dei comunisti, dell'art. 7 della costituzione,

(o anche, più modestamente, per capire quanto sia difficile arrivare a capire dal di fuori questi veri motivi) non bisogna cercare la spiegazione nella teatrale parata oratoria che nelle sedute plenarie dell'assemblea costituente, dal 4 al 25 marzo 1947, ha preceduto quel voto: ma bisogna risalire alle discussioni preparatorie, appartate e spoglie di pubblicità e di solennità (più che discussioni, conversazioni e contrattazioni intercorse, *de plano et sine strepitu*, tra brava gente seduta allo stesso tavolino), che hanno preso le mosse dalla prima sottocommissione (sedute del 21

---

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 518.

<sup>12</sup> Le citazioni vengono tratte dal volume di P. CALAMANDREI, *Scritti e discorsi politici*, I, 1, Firenze, La Nuova Italia, 1966, pp. 299-315.

novembre e 18 dicembre 1946), sono passate attraverso la commissione dei Settantacinque (seduta del 23 gennaio 1947) e solo alla fine sono sboccate, per il solenne collaudo, all'assemblea plenaria<sup>13</sup>.

L'articolo di Calamandrei rappresenta tuttora, nonostante la quantità di pagine che sul problema sono state scritte negli ultimi sessant'anni, uno dei più chiari contributi che siano stati forniti per la conoscenza degli orientamenti che le forze politiche hanno assunto in Italia, nei primi anni del secondo dopoguerra, in tema di rapporti tra stato e chiesa cattolica.

Nell'articolo si comincia con il porre in evidenza la composizione della prima sottocommissione, chiamata a discutere, come risulta dai resoconti parlamentari, sullo «Stato come ordinamento giuridico, e i suoi rapporti con gli altri ordinamenti». La prima sottocommissione era composta di diciotto deputati; i democristiani Tupini, presidente, Corsanego, Dossetti, La Pira, Merlini, Moro e Caristia (definiti da Calamandrei i rappresentanti della democrazia cristiana più qualificati per destrezza parlamentare, per dottrina giuridica e fervore religioso); i comunisti Iotti, Marchesi e Togliatti; i socialisti Amadei, Basso e Mancini; il repubblicano De Vita; il demolaburista Cevalotto; i liberali Grassi e Lucifero; il qualunquista Mastrojanni.

La discussione, fin da principio, mise in luce la rigida intransigenza dei cattolici e la moderazione, talora confinante colla remissività, dei loro oppositori<sup>14</sup>.

Per quanto riguarda le richieste dei due orientamenti, che Calamandrei definisce *cattolico* e *laicista*, esse vengono così interpretate:

Le richieste dei cattolici si concentrarono su due punti: primo, che la costituzione riconoscesse, esplicitamente, la sovranità della Chiesa e il carattere originario (cioè non derivante e non dipendente dallo Stato) del suo ordinamento: secondo, che nella costituzione fosse espressamente confermato che le relazioni tra lo Stato e la Chiesa cattolica avrebbero

---

<sup>13</sup> *Ivi*, p. 299.

<sup>14</sup> *Ivi*, p. 301.

continuato ad essere regolate dai Patti Lateranensi, i quali sarebbero venuti così ad acquistare in questo modo carattere di vere e proprie norme costituzionali, incluse per riferimento nella costituzione della repubblica<sup>15</sup>.

Sul primo punto il dissenso fu più di forma che di sostanza, giacché non emerse un'autentica opposizione all'inclusione nella costituzione di una norma che riconoscesse l'autonomia della chiesa cattolica nel campo spirituale e la originarietà del suo ordinamento; si voleva soltanto evitare che nella norma si usasse l'espressione «sovranità», venendo a tale formula preferita quella di «indipendenza». In tale prospettiva il deputato Cevalotto propose l'emendamento «Lo Stato riconosce la indipendenza della Chiesa cattolica nei suoi ordinamenti interni». Nella seduta del 18 dicembre 1946 venne però approvata, con 12 voti favorevoli e tre contrari, la formula concordata tra i cattolici (Tupini e Dossetti) e i comunisti (Togliatti). Tale formula, nonostante le critiche che essa sollevò, soprattutto da parte di Croce, Orlando e Calamandrei, nella discussione svoltasi dinanzi all'assemblea plenaria, fu quella poi definitivamente approvata dall'assemblea costituente.

Più accentuato fu invece, in sede di sottocommissione, il contrasto sul secondo punto, quello relativo all'inclusione, o comunque, al richiamo dei patti lateranensi nella costituzione. Qui apparve subito da una parte la rigida intransigenza dei cattolici e dall'altra il desiderio dei loro oppositori di trovare ad ogni costo una formula transattiva. Di fronte ai cattolici, i quali, per bocca del relatore Dossetti, proposero fin da principio la formula: «Le relazioni tra lo Stato e la Chiesa cattolica restano regolate dagli Accordi Lateranensi» (proposta Dossetti passata poi con piccole modificazioni di forma nel testo definitivo: «I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi»), gli oppositori di tutte le tendenze, compresi questa volta i comunisti, concordemente dichiaravano

[...] la loro volontà di non turbare la “pace religiosa” e di non rimettere in discussione la soluzione della “questione romana” raggiunta coi patti lateranensi, il loro proposito di continuare a regolare mediante concordati

---

<sup>15</sup> *Ivi*, p. 301.

le relazioni tra stato e chiesa cattolica ed anche il loro impegno di non denunciare in via unilaterale i patti lateranensi e di non modificarli se non attraverso nuovi accordi con la chiesa. Ma pur essendo disposti a tutte queste concessioni di sostanza, tutti gli oppositori, compresi questa volta i comunisti, si rifiutavano di accettare una formula, la quale, venendo a dare ai patti lateranensi il carattere di vere e proprie norme costituzionali, avrebbe accolto nella costituzione repubblicana il principio dello stato confessionale e della religione di stato consacrato in quei patti, in aperto contrasto con i principi della libertà di coscienza e della uguaglianza di tutte le religioni di fronte alla legge, proclamati in altri articoli della stessa costituzione<sup>16</sup>.

La conclusione del dibattito si ebbe, come già detto in precedenza, nella seduta del 25 marzo 1947, quando l'art. 7 cost. venne approvato con trecentocinquanta voti favorevoli (democristiani, comunisti, qualunquisti, monarchici, gran parte dei liberali, tra essi Orlando, Nitti e Bonomi) contro centoquarantanove contrari (socialisti, repubblicani, azionisti, demolaburisti e alcuni liberali).

L'episodio saliente e sorprendente di quella votazione – osserva Calamandrei – il vero e proprio colpo di scena della giornata, è stato l'improvviso voltafaccia dei comunisti: i quali, intervenuti anche nella discussione dinanzi all'assemblea con un loro oratore, l'on. Pajetta, per confermare la loro recisa opposizione alla formula cattolica, hanno dichiarato all'ultima ora, per bocca di Togliatti, di votare a favore di essa, e in questo modo, col peso di un centinaio di voti ne hanno assicurata la approvazione a grande maggioranza<sup>17</sup>.

La scontrosa intransigenza dei cattolici, la subitanea capitolazione dei comunisti: quali furono i veri motivi di questi opposti atteggiamenti? Calamandrei non condivide l'opinione che il voto dei comunisti sia stato il risultato di una contrattazione extraparlamentare avvenuta tra le direzioni dei due partiti: un *do ut des* nel quale i comunisti avrebbero avuto dai democristiani, in cambio del loro voto favorevole,

---

<sup>16</sup> *Ivi*, p. 303.

<sup>17</sup> *Ivi*, p. 305.

assicurazioni e vantaggi in altri settori. Egli è convinto che, prima del discorso di Togliatti, i democristiani ritenevano sinceramente

che l'art. 7 sarebbe passato con pochi voti, coi soli voti dei democristiani e delle destre, e che i comunisti avrebbero votato contro: e di tale opinione rimasero fino a quanto quel discorso arrivò alla inaspettata perorazione<sup>18</sup>.

Calamandrei riferisce la convinzione di molti che l'art. 7 non sarebbe

nato dall'interno dell'assemblea, ma dal suggerimento irresistibile di una potenza esterna; non dalla sovranità del popolo italiano, ma da un'altra sovranità che lo stesso art. 7 riconosce e proclama come contrapposta a quella della Repubblica.

Questa fu in sostanza l'impressione che si ebbe dalla tagliente ed aspra dichiarazione di voto fatta, nella seduta del 25 marzo, dal presidente De Gasperi:

il quale disse, o fece intendere, che in Italia dal mantenimento della pace religiosa dipende il mantenimento della pace politica e che, se si vuole evitare alla Repubblica ancora debole il pericolo che deriverebbe da una rottura della pace politica, non c'è altro da fare che accettare senza discutere la formula perentoria dell'art. 7, in mancanza di che la vita stessa della Repubblica non sarebbe più garantita<sup>19</sup>.

Ed infatti, proprio su questo piano Togliatti pose, nella stessa seduta, la sua replica, quando dichiarò «Abbiamo capito, onorevole De Gasperi, abbiamo capito», facendo così intendere che il voto dei comunisti favorevole all'art. 7, più che come un espediente di politica interna, rappresentava un sacrificio imposto dalla necessità di salvare la repubblica dalle minacce esterne.

Giustamente Calamandrei osserva che non si può sapere quanto di

---

<sup>18</sup> *Ivi*, p. 307-8.

<sup>19</sup> *Ivi*, p. 311.

vero e quanto di esagerato vi sia in questa drammatica interpretazione del voto sull'art. 7, ma che, in ogni caso,

se in tutto questo c'è del vero, la votazione sull'art. 7 viene ad assumere un significato che eccede di gran lunga i limiti della politica interna. Dietro quel voto c'è il doloroso riconoscimento della servitù internazionale e delle miserie in cui, per merito del fascismo, l'Italia è caduta<sup>20</sup>.

E ne deduce la dolorosa constatazione che, di fronte all'umiliante situazione

di un'assemblea costituente che, mentre si illude di esser sovrana, deve in realtà piegarsi alle intimazioni che le giungono dall'esterno, può parere inesplicabile che in quest'assemblea non si sia udita neanche una voce di dignitosa ribellione contro questo asservimento (come avrebbe reagito, contro una siffatta imposizione, il parlamento di cinquant'anni fa?) e che proprio i comunisti non abbiano saputo far altro che consacrare col loro voto la rassegnata acquiescenza a queste ingerenze estranee ed a queste imposizioni negatrici della nostra libertà e della nostra indipendenza<sup>21</sup>.

### 3. *L'indissolubilità del matrimonio*

Il vigente art. 29 cost. è così formulato: *La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.*

L'art. 24 del progetto discusso in assemblea era invece così formulato: *Il matrimonio è basato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. La legge ne regola la condizione, a fine di garantire l'indissolubilità del matrimonio e l'unità della famiglia.*

Nella votazione in assemblea costituente, l'art. 24 fu oggetto di vari ordini del giorno. In un primo momento Calamandrei appoggiò

---

<sup>20</sup> *Ivi*, p. 312.

<sup>21</sup> *Ivi*, p. 312.

quello di Vittorio Emanuele Orlando, che chiedeva il non inserimento dell'articolo nella costituzione. Dopo che tale ordine del giorno venne respinto, Calamandrei, Foà e Valiani presentarono un ordine del giorno per la soppressione della seconda parte dell'articolo; ma poi vi rinunciarono, per appoggiare l'ordine del giorno proposto dall'on. Ruggero, che dichiarava non necessario dare tutela costituzionale al principio di indissolubilità del matrimonio. Respinta anche questa proposta, tutti gli oppositori dell'articolo votarono a favore dell'ordine del giorno Grilli, che chiedeva l'abolizione della parola «indissolubile»: tale ordine del giorno venne approvato con 194 voti favorevoli e 191 contrari.

Calamandrei interviene per contestare l'inserimento nella costituzione del principio di indissolubilità del matrimonio<sup>22</sup>. Egli inizia il discorso premettendo che l'articolo rappresentava uno degli esempi più tipici di quelle disposizioni [...] che sono o inutili o illusorie o anche contrarie alla verità<sup>23</sup>.

Egli nota inoltre che

Tutto l'articolo è stato fatto per poter ad un certo punto introdurvi dolcemente la indissolubilità del matrimonio. Non si poteva fare una disposizione secca, semplice, categorica, che dicesse soltanto: «il matrimonio è indissolubile»: sarebbe stata incauta ed irritante. E allora si è cercato di preparare il terreno, una specie di nido, direi, nel quale poi deporre questo piccolo uovo prezioso che è la indissolubilità del matrimonio. Questa è infatti l'anima o il nocciolo che qui occorre discutere<sup>24</sup>.

Nella parte successiva del suo discorso, Calamandrei richiama un passo di un libro di Arturo Carlo Jemolo<sup>25</sup>, a conclusione del quale si osservava che

nella reiezione del divorzio, l'idea del valore arcano del matrimonio

---

<sup>22</sup> Le citazioni sono tratte dal volume *Scritti e discorsi politici*, cit., II, pp. 67-87.

<sup>23</sup> *Ivi*, p. 67.

<sup>24</sup> *Ivi*, p. 68.

<sup>25</sup> A.C. JEMOLO, *Corso di diritto ecclesiastico. Il matrimonio nel diritto canonico e nelle disposizioni concordatarie*, Roma, Edizioni Universitarie, 1941.

esercita ancora, se pur questo non sia chiaro al giurista laico, tutta la sua influenza.

Gli aspetti considerati nell'intervento di Calamandrei riguardano in particolare lo scopo che, a suo avviso, si proponevano i proponenti dell'articolo, la differenza giuridica tra annullamento e divorzio, l'annullamento «in funzione di divorzio», la funzione vicaria dell'annullamento nel matrimonio civile, l'industria dei divorzi all'estero, la funzione vicaria dell'annullamento nel matrimonio canonico, i casi di vero divorzio nel matrimonio canonico, il divorzio per i ricchi, non per i poveri.

A conclusione del suo intervento, Calamandrei osserva che non è vero che il matrimonio in Italia è indissolubile:

È vero al contrario questo: che per tutti i tipi di matrimonio, sia quello puramente civile, sia quello canonico l'annullamento fa molte volte le veci del divorzio [...] Il divorzio non c'è, ma si è trovato il modo di far servire l'annullamento allo scopo del divorzio. Allora mi si potrebbe dire: Se tu sei fautore del divorzio, di che ti lamenti? Approviamo l'articolo 24 che dice che il matrimonio è indissolubile, mentre in realtà non lo è. Si seguirà allora con l'annullamento in funzione del divorzio, e saranno tutti contenti, quelli che vogliono il divorzio e quelli che non lo vogliono: i primi perché troveranno il modo di ottenerlo in pratica, i secondi perché saranno contenti di leggere la formula dell'indissolubilità nella Carta costituzionale. Ma questo non è un ragionamento da farsi davanti ad un articolo di Costituzione [...] io ritorno a quella mia aspirazione, un po' ingenua, nella quale continuo a credere -: noi vogliamo la lealtà, la chiarezza, la sincerità negli articoli della nostra Costituzione<sup>26</sup>.

Un motivo, quello del richiamo alla lealtà, alla chiarezza, alla sincerità, spesso ricorrente negli interventi di Calamandrei sulla carta costituzionale dell'Italia repubblicana. Lo stesso motivo che lo aveva indotto a dissentire dall'opinione espressa da Togliatti, che in un articolo dedicato al partito d'azione, poco dopo il voto sull'art. 7 cost., aveva osservato che la fondamentale debolezza di questi "ultimi mohicani" consisteva nella mancanza del "senso delle cose", che

---

<sup>26</sup> *Ivi*, pp. 81-2.

dovrebbe invece essere ed è la qualità prima di chi vuole impostare e dirigere un'azione politica<sup>27</sup>. In proposito Calamandrei pacatamente si domanda:

Ma quali sono le “cose reali”? Qualcuno pensa che anche certe forze sentimentali e morali, che hanno sempre diretto e sempre dirigeranno gli atti degli uomini migliori, come potrebb'essere la lealtà, la fedeltà a certi principi, la coerenza, il rispetto della parola data e così via, siano “cose reali” di cui il politico deve tener conto se non vuole, a lunga scadenza, ingannarsi nei suoi calcoli<sup>28</sup>.

#### 4. *Insegnamento, libertà della cultura, libertà di religione*

Un altro importante contributo di Calamandrei fu quello per la libertà della scuola, dell'insegnamento, dell'istruzione, della cultura e, più in generale, per le libertà di religione.

In primo luogo va ricordata l'importante iniziativa assunta con l'istituzione di due rubriche sulla rivista «Il Ponte», intitolate, rispettivamente, *Bollettino della libertà della cultura, delle informazioni e delle opinioni*<sup>29</sup> e *I curiosi in Parlamento*. La consultazione delle due rubriche, che vennero pubblicate sulla rivista di Calamandrei, a cura di A. Prefetti, negli anni 1953-68, rappresenta una preziosa fonte di informazione per la conoscenza dei temi dell'attuazione/inattuazione della costituzione e dei frequenti e gravi episodi di in-

---

<sup>27</sup> L'articolo di Togliatti è pubblicato su «l'Unità» del 2 aprile 1947.

<sup>28</sup> *Storia quasi segreta di una discussione e di un voto*, in «Il Ponte», a. III, n. 5, maggio 1947, pp. 409-21 e in P. CALAMANDREI, *Scritti e discorsi politici*, vol. I, t. 1°, cit., pp. 291-315, spec. p. 314.

<sup>29</sup> Vorrei qui ricordare, a testimonianza di un'esperienza che ha avuto notevole importanza nella mia formazione culturale, che nel 1953, quando comparve per la prima volta su «Il Ponte» questa rubrica, avevo diciotto anni ed iniziavo gli studi nella facoltà di giurisprudenza di Roma: da allora la lettura della documentazione che, mese dopo mese, veniva fornita nella rubrica mi abituò a comprendere l'importanza del divario tra teoria e prassi nelle libertà individuali e collettive. In questa rubrica, ed in quella, anch'essa di grande interesse e utilità, *I curiosi in Parlamento*, sono contenuti frequenti riferimenti ai numerosi episodi di intolleranza religiosa verificatisi in Italia soprattutto nei primi anni dopo il 1948.

tolleranza religiosa nei primi anni dopo l'entrata in vigore della carta costituzionale del 1948.

Tra gli interventi di Calamandrei sui temi culturali e scolastici, per i cui riferimenti si rinvia all'appendice riportata alla fine di questo articolo, vanno, in particolare, ricordati i seguenti: l'interpellanza presentata alla camera dei deputati il 16 dicembre 1948 sul caso del prof. Luigi Russo; un passo del discorso di Calamandrei tenuto al teatro delle Arti di Roma l'11 febbraio 1950 e pubblicato dopo la sua morte; l'interrogazione rivolta il 30 gennaio 1952 al ministro della pubblica istruzione sulla manifestazione che aveva impedito la lezione all'università di Umberto Calosso; la mozione redatta da Calamandrei per l'associazione italiana per la libertà della cultura e votata all'unanimità nell'assemblea generale dell'associazione tenutasi a Roma il 31 gennaio 1954; la lettera aperta al ministro della pubblica istruzione Giuseppe Ermini, nel decennale della liberazione.

Lungo discorso meriterebbe, perché si tratta di un punto nel quale la Costituzione italiana si distacca dal sistema liberale, il tema della libertà religiosa: in relazione al quale l'art. 8 non dice, come logicamente era stato proposto, che «tutte le confessioni religiose sono uguali davanti alla legge», ma dice soltanto che sono «ugualmente libere». Ugualmente libere, ma non uguali: formula ambigua, sottilmente pesata per andar d'accordo colla disposizione dell'art. 7, la quale confermando i Patti Lateranensi e dando ad essi valore costituzionale, è venuta in sostanza anche senza volerlo dire espressamente, a riconoscere la religione cattolica come religione dello Stato, alla quale è consentita dal Concordato, in molti campi della vita civile, e specialmente in materia matrimoniale e in materia scolastica, una condizione anche giuridica di privilegio. Così, in questa Costituzione repubblicana entra, attraverso l'art. 7, lo Stato confessionale: cioè una concezione inconciliabile con quei principi della separazione tra Chiesa e Stato, che fino al Concordato concluso nel 1929 tra la Santa Sede e il governo fascista, sembravano acquisizione irrevocabile dell'Italia liberale uscita dal Risorgimento<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> P. CALAMANDREI, *La Costituzione della Repubblica italiana*, in «Montecitorio. Vita del Parlamento», II, 1948, n. 7, pp. 1-3; n. 8, pp. 9-11; III, 1949, n. 1, pp. 13-14, nn. 2-3, pp. 9-10, ripubblicato in P. C., *Opere giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, con presentazione di C. MORTATI, Napoli, Morano, 1968, pp. 234-66, spec., p. 244.

## 5. Scritti e interventi vari

*Innesto confessionale*: con questo titolo Calamandrei pubblicava nel 1953 uno scritto che si segnala per la particolare chiarezza con la quale l'autore esamina gli aspetti teorici e pratici di un problema che non ha cessato anche oggi di avere importanza: quello del rapporto tra stato confessionale e stato laico. A mio avviso si tratta di uno dei contributi più rilevanti che siano stati dedicati al problema: e non esito dunque a trarne ampi brani, nell'intento di offrire alla riflessione dei più giovani studiosi pagine che può non essere facile rinvenire.

Nell'articolo, pubblicato sulla rivista «Civiltà moderna» del 1947<sup>31</sup>, Calamandrei osserva, innanzi tutto, che

Stato “confessionale” è, per definizione, quello che ha una religione ufficiale; quello in cui la religione, invece di essere un affare privato rimesso alla coscienza individuale di ciascun cittadino, diventa un affare di ordine pubblico; quello in cui, tra le varie religioni professate dai cittadini, si distingue una «religione di Stato», che lo Stato, come se avesse una coscienza e un'anima da salvare, proclama come sua, ed alla quale per questo viene a dare la prevalenza «giuridica» sulle altre.

Tutto quello che lo Stato tocca, assume, come dicono i giuristi, rilevanza giuridica: entra nel dominio pratico dei diritti e doveri, dei privilegi o delle soggezioni. Quando lo Stato, tra le varie confessioni professate da diversi gruppi di fedeli, ne sceglie una per sé, e la proclama «religione di Stato», questo basta per trasferirla (cioè per abbassarla) dal dominio spirituale in quello temporale: anche se quella religione era finora professata di fatto dalla maggioranza dei cattolici, come avviene in Italia per il cattolicesimo, questa proclamazione viene a darle una rilevanza di diritto che prima non aveva: quella che prima era prevalenza spirituale ed interna, spontaneamente accettata dai soli credenti, diventa prevalenza giuridica ed esterna, coattivamente imposta a tutti i cittadini. La distinzione tra fedeli ed eretici, dal campo spirituale discende nel campo temporale e diventa distinzione fra privilegiati e tollerati; la diversità di religione diventa diversità di diritto.

---

<sup>31</sup> Le citazioni sono tratte dal volume di P. CALAMANDREI, *Scritti e discorsi politici*, I, 1°, cit., pp. 315-22.

È distrutta così la uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, perché certi diritti sono riconosciuti dalla legge soltanto ai cittadini che professano la religione dello Stato, e non ai cittadini che professano altre religioni o che non ne professano alcuna. Accade allora (è questo uno degli aspetti più inquietanti dello Stato confessionale) che certi precetti della religione ufficiale, trasformandosi da precetti religiosi in leggi dello Stato, diventano obbligatori anche per coloro che professano una religione diversa o che non ne professano alcuna.

Questa è la strada per la quale lo Stato confessionale perviene inevitabilmente a menomare la libertà religiosa di coloro che non professano la religione ufficiale; i quali come cittadini si trovano costretti ad osservare nella legislazione dello Stato certe norme giuridiche che, essendo fondate su una religione che non è la loro, turbano e feriscono la loro coscienza di credenti in un'altra fede<sup>32</sup>.

È sul fondamento di tali premesse che Calamandrei indica con chiarezza la fondamentale distinzione che, negli anni seguenti, avrebbe stretto gli interpreti della costituzione nella morsa di un dilemma:

Se si vorrà continuare ad applicare sul serio, com'erano applicate sotto il fascismo, le disposizioni del Concordato, bisognerà allora riconoscere che i principi di libertà e di uguaglianza religiosa scritti nella costituzione vi sono scritti per burla; se viceversa si vorranno rispettare sul serio questi principi costituzionali, bisognerà riconoscere che certi articoli dei Patti Lateranensi, quantunque richiamati attraverso l'art. 7 della Costituzione, devono considerarsi privi di ogni valore pratico. A questo dilemma non si sfugge: o si sacrificano i Patti Lateranensi o si sacrificano i principi democratici della Costituzione; la logica non consente di servire due padroni<sup>33</sup>.

Tra i tanti saggi di Calamandrei dedicati ai problemi della laicità delle istituzioni civili e delle libertà di religione, merita di essere qui segnalata la *Lettera introduttiva* al volume di Walter Bigiavi su *Ateismo e affidamento della prole*, edito dalla Cedam di Padova nel 1951<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> *Ivi*, pp. 315-6.

<sup>33</sup> *Ivi*, p. 318.

<sup>34</sup> La lettera di Piero Calamandrei a Walter Bigiavi, pubblicata come introduzione

A proposito delle interpretazioni sostenute con riferimento alla discussa sentenza 31 agosto 1948 del tribunale di Ferrara sulla rilevanza del sentimento religioso professato dai genitori, e dell'ateismo di uno di essi, per la decisione del giudice in tema di affidamento della prole, Calamandrei osserva che il dibattito intorno alla sentenza

non è stato un dibattito di studiosi isolati e richiamati alla discussione solo da un interesse scientifico, ma ha assunto da una parte il carattere di un vero e proprio schieramento «di massa», organizzato a protezione di una sentenza, la quale, anche se la tesi da essa proclamata è una tesi giuridicamente aberrante (come poi la Corte di appello ha decisamente riconosciuto), appariva però corrispondente alla coscienza religiosa dei suoi difensori: sicché solo per questo è stata considerata inattaccabile dalla schiera dei giuristi, scesi in lizza per difenderla, i quali, pur credendo di servire così la loro scienza, servivano in realtà soprattutto la loro fede [...].

[...] Anche in questa polemica suscitata dalla sentenza ferrarese, i giuristi dello schieramento cattolico, chiamati a scegliere tra due interpretazioni giuridiche in contrasto, non hanno cercato quella che meglio corrispondeva a questo o a quest'altro articolo della Costituzione o del Codice civile, cioè quella che più fosse fedele all'ordinamento giuridico entro il quale i giudici devono trovare le soluzioni dei casi controversi, ma, forse senza accorgersene, hanno ricercato la soluzione che meglio corrispondesse alla loro coscienza di credenti, e che più fosse gradita alla Chiesa, cioè a un ordinamento giuridico diverso da quello a cui appartengono le leggi che si trattava di interpretare: non hanno cercato la verità, ma hanno preso le parti della loro verità contro la verità degli avversari, della verità confessionale contro la verità laica.

Questo severo giudizio lo induce a constatare che:

la scienza si trasforma così in propaganda: questo è il fenomeno grave al quale assistiamo. Anche la scienza giuridica è diventata, per i giuristi cattolici, una sezione dell'azione cattolica,

---

al volume di Bigiavi, *Ateismo e affidamento della prole*, Padova, Cedam, 1951, pp. XIII-XVIII, è anche riportata in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, cit.

e a temere l'avvento di un'epoca in cui

tramonta la fiducia nella forza persuasiva della ragione, e la convinzione tramandata dall'illuminismo che per trovare la verità bisogna partire dalla premessa che tutte le verità sono discutibili.

## 6. *L'intolleranza religiosa in Italia*

Un breve articolo, pubblicato sulla rivista «Il Ponte» del 1953, richiama l'attenzione sul problema dell'intolleranza religiosa nei confronti degli appartenenti alle confessioni religiose diverse dalla cattolica, una questione che negli anni che seguirono la data di entrata in vigore della costituzione, aveva assunto in Italia, come già detto in precedenza, una notevole gravità.

Sullo stesso problema «Il Ponte» aveva pubblicato, nel fascicolo di giugno del 1950, una raccolta di documenti sulla persecuzione dei protestanti in Italia: dopo di allora la causa della libertà religiosa era stata perorata in Parlamento da uomini delle più diverse tendenze politiche e sulla stampa da scrittori dell'autorità di Gaetano Salvemini e di Arturo Carlo Jemolo. Ripetute sentenze della magistratura avevano riconosciuto l'incostituzionalità delle vessazioni poliziesche contro le comunità evangeliche e molte assemblee politiche avevano reclamato la fine della persecuzione religiosa in Italia.

Nel suo contributo, pubblicato anch'esso sull'annata 1953 de «Il Ponte»<sup>35</sup>, Calamandrei ricorda la relazione della «Commissione per gli affari internazionali del Consiglio Federale della Chiesa Evangelica d'Italia», a cura del prof. Giorgio Peyrot (*L'intolleranza religiosa in Italia nell'ultimo quinquennio*), nella quale, con una indagine obiettiva e documentatissima, si dimostra che

in questi cinque anni la D.C. ha instaurato, in contrasto con la Costituzione, un regime di confessionarismo intollerante, sia nell'attività legislativa, sia nell'azione di governi<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> P. CALAMANDREI, *Intolleranza e federalismo*, in «Il Ponte», IX, 1953, 1° semestre, pp. 770-74.

<sup>36</sup> *Ivi*, p. 770.

Sui fatti e sulle conclusioni che emergono dalla relazione e dalla votazione del consiglio federale delle chiese evangeliche, Calamandrei propone di richiamare l'attenzione degli «amici federalisti e scrive:

Intolleranza religiosa vuoi dire intolleranza politica: vuoi dire totalitarismo della democrazia, che è quello nel campo politico del principio cristiano della uguale dignità morale di tutti gli uomini. Ma se la tolleranza<sup>37</sup> religiosa, che poi; tradotta nel campo politico, vuol dire pluralità dei partiti e rispetto di tutte le sedi politiche, è indispensabile per far vivere la democrazia in uno Stato unitario, assolutamente essenziale è la tolleranza per far nascere e vivere tra una pluralità di nazioni di diversa religione, un superstato federale<sup>38</sup>.

### 7. *La costituzione e le leggi per attuare la laicità delle istituzioni civili*

Uno dei saggi giustamente più noti, nella bibliografia degli scritti di Piero Calamandrei, è quello dedicato al problema della costituzione e delle leggi per attuarla, edito nel 1955, dalla casa editrice Laterza di Bari, nel volume collettaneo di BATTAGLIA, CALAMANDREI e CORBINO, *Dieci anni dopo: 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*<sup>39</sup>.

I riferimenti che in tale saggio, pubblicato l'anno prima della scomparsa di Calamandrei, riguardano il tema della laicità delle istituzioni civili e delle libertà di religione sono molto numerose e interessanti. Calamandrei ribadisce il pesante giudizio sulle persecuzioni sistematiche sofferte dalle minoranze protestanti in Italia, rileva che «la libertà di culto non esiste per i protestanti nella stessa misura in cui esiste per i cattolici»<sup>40</sup> e, in particolare, osserva:

contro gli arbitrii della polizia, intervenuta in ogni parte d'Italia a vietare

---

<sup>37</sup> Nel testo si legge, per un evidente errore di stampa, «intolleranza»: *ivi*, p. 773.

<sup>38</sup> *Ivi*, p. 773.

<sup>39</sup> Le citazioni sono tratte da P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, cit., pp. 511-95.

<sup>40</sup> *Ivi*, p. 572.

manifestazioni di culto in luoghi aperti al pubblico e perfino in luoghi chiusi, ha reagito in molti casi la giurisprudenza, specialmente sotto il profilo del carattere precettivo dell'art. 17, che garantisce il diritto di riunione senza preavviso, «anche in luogo aperto al pubblico»; ma il governo, dimostrando di non dar peso alla giurisprudenza contraria, ha continuato a considerare in vigore le disposizioni fasciste (quali la circolare del min. Interni n. 600/158 del 9 aprile 1935), e ad ispirare la sua azione all'opposto principio (lettera del min. Interni, dir. gen. dei culti, 8 giugno 1951), secondo il quale il carattere precettivo dell'art. 17 «non può intendersi pacificamente esteso alle riunioni religiose che sono regolate in modo particolare da apposite norme» (cioè da quelle, immediatamente successive ai Patti Lateranensi, che si considerano tuttora in vigore: l. 24 giugno 1929, n. 1159 e r.d. 28 febbraio 1930, n. 289, sui «culti ammessi»). La Cassazione, la parte sua, non ha creduto poi di poter riconoscere all'art. 19 della Costituzione efficacia precettiva immediata, tale da poter dichiarare senz'altro abrogate le disposizioni sui «culti ammessi» che siano in contrasto colla libertà di culto<sup>41</sup>.

Viene ricordata nel saggio la «crociata antieretica» proclamata dopo che il 1° luglio 1949, col decreto della suprema congregazione del santo ufficio<sup>42</sup>, era stata dichiarata la scomunica dei comunisti:

da allora, quantunque si trattasse di una condanna pronunciata apparentemente sul piano spirituale e teologico, l'atteggiamento parlamentare della maggioranza democristiana (naturalmente è portata dalle sue premesse confessionali a tradurre fedelmente nel campo politico le direttive dettate dalle supreme autorità religiose) si irrigidì contro i comunisti e in generale contro gli oppositori: l'opposizione, che nel sistema parlamentare deve rappresentare l'interlocutore indispensabile che colla sua critica alimenta il dialogo della libertà e della ragione, fu guardato con crescente dispregio e quasi si direbbe con terrore, come il reprobato «*vitandus*», macchiato di eresia. La crociata contro

---

<sup>41</sup> *Ivi*, p. 549.

<sup>42</sup> Cfr. in proposito P. CALAMANDREI, *L'ostruzionismo di maggioranza*, in «Il Ponte», IX, 1953, I semestre, pp. 446-47; A.C. JEMOLO, *La scomunica dei comunisti*, *ivi*, V, 1949, II semestre, pp. 1231-42; G. ALBERIGO, *La condanna della collaborazione dei cattolici con i partiti comunisti* (1949), in «Concilium», 1975, n. 7, p. 145.

gli eretici diventò così uno dei capisaldi della politica democristiana: cogli eretici non si tratta, coi dannati non si discute; ed eretici furono considerati non soltanto i comunisti e i socialisti loro alleati, ma anche qualunque altra persona libera (criptocomunisti, paracomunisti, «utili idioti», e così via) che osasse su qualche questione esser d'accordo cogli eretici e in contrasto col governo impegnato nella sua crociata contro l'eresia. [...] Il principio della discriminazione giuridica dei cittadini in vista delle opinioni politiche da essi professate (principio caro al fascismo, e ovviamente necessario ad ogni regime totalitario) era posto così in termini molto chiari: l'uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge «senza distinzione ... di religione, di opinioni politiche», che doveva costituire una delle basi della nostra Costituzione (art. 3), era apertamente rinnegata<sup>43</sup>.

Ad avviso di Calamandrei, ci si poteva addirittura domandare se l'Italia, nella *costituzione materiale*, fosse veramente una repubblica o non fosse piuttosto diventata lo schermo di una forma di Stato alquanto ibrida, a mezza strada tra la monarchia e la repubblica, che si potrebbe denominare “repubblica pontificia”, con una situazione molto simile a quella creata in Roma nel marzo 1848 dallo statuto concesso da Pio IX, nel quale era detto (art. 25) che la professione della religione cattolica era «condizione necessaria del godimento dei diritti politici dello Stato»<sup>44</sup>.

L'affermazione di Calamandrei appariva meno lontana dalla realtà di quanto possa oggi sembrare, se si considerano sentenze come quella emessa dalla corte d'appello di Cagliari il 19 febbraio 1954, sulle cui conclusioni aveva tempestivamente richiamato l'attenzione Calamandrei con una nota su «Il Ponte» dello stesso anno, nella quale i giudici avevano ritenuto che non commetta reato il sacerdote che, dal pulpito o attraverso la confessione, faccia propaganda elettorale contro i partiti marxisti, perché in questo modo «la battaglia politica si traduce in termini di crociata religiosa», mentre lo *commette* il sacerdote che nelle stesse condizioni faccia propaganda *contro il partito monarchico*, «le cui ideologie non sono contrarie al diritto

---

<sup>43</sup> In *Opere giuridiche*, cit., pp. 570-71.

<sup>44</sup> *Ivi*, pp. 582-83.

divino positivo e naturale e non tendono a combattere la Chiesa e a negarle i diritti riconosciuti dai Patti Lateranensi»<sup>45</sup>.

La laicità *delle e nelle* istituzioni civili rappresenta una questione nella quale l'insegnamento di Calamandrei presenta tuttora motivi di grande interesse e di notevole attualità. Richiamare l'attenzione sul suo contributo in questa materia significa anche, per l'autore di queste pagine, esprimere un sentimento di commossa gratitudine nei confronti di chi ha rappresentato un insostituibile esempio nella concezione della vita e dell'attività di studioso.

---

<sup>45</sup> *Ivi*, p. 543. La sentenza della corte di appello di Cagliari è riportata in «Il Ponte», XI, 1954, II semestre, pp. 1518-20.

## *La laicità delle istituzioni repubblicane\**

### 1. *Laicità dello stato e delle istituzioni repubblicane e valutazione dei problemi eticamente sensibili*

Il problema della laicità è un argomento che riguarda varie discipline: in particolare, la storia delle idee, delle istituzioni, delle costituzioni e del pensiero giuridico e filosofico, il diritto europeo e il diritto costituzionale italiano e comparato<sup>1</sup>.

L'espressione laicità è un'espressione dai mille sensi e significati e non ne esistono definizioni o acquisizioni definitive: se il problema della laicità si considera dal punto di vista degli stati e delle organizzazioni internazionali, attualmente il dibattito riguarda soprattutto

---

\* In *democrazia e diritto*, 44, n. 2 (*Laicità e stato*), pp. 89-110.

<sup>1</sup> Per la giurisprudenza costituzionale sulle libertà di religione nei primi trent'anni di attività della Corte costituzionale, rinvio a S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*<sup>3</sup>, Padova, Cedam, 1986; Id., *Coscienza e libertà. Principi costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Bologna, il Mulino, 1989; per il periodo successivo cfr. i fascicoli della rivista *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, in particolare i fascicoli n. 2 di ciascuna annata – nei quali, per i ventuno anni compresi tra il 1984 e il 2005, è riportata la mia rassegna della dottrina di diritto ecclesiastico *Libri e riviste*, prima che la direzione della rivista decidesse di interrompere la pubblicazione della rassegna – e n. 3, nei quali, anno per anno, sono riportate le segnalazioni della giurisprudenza costituzionale. Per una valutazione del tema della laicità nei cinquant'anni di giurisprudenza della Corte costituzionale, cfr. il mio scritto *La laicità della Repubblica italiana*, nel volume pubblicato per i *50 anni della Corte costituzionale*, a cura di A. PACE, Milano, Giuffrè, 2006. Con specifico riferimento al tema della laicità, cfr. in particolare le sentenze n. 203 del 1989, 13 del 1991, 334 del 1996, 235 e 329 del 1997, per la cui considerazione rinvio, oltre che alle note di commento pubblicate nelle riviste *Giur. cost.*, *Foro it.*, *Giur. it.*, *Dir. eccl. e Quad. dir. e politica eccl.*, al saggio di A. PIN, *Il percorso della laicità «all'italiana». Dalla prima giurisprudenza costituzionale al Tar Veneto: una sintesi ricostruttiva*, in *Quad. dir. e politica eccl.*, XIV, 2006, pp. 203 sgg. Per un'indicazione dell'amplessissima bibliografia relativa al tema della laicità in Italia, può vedersi la rassegna bibliografica riportata nel sito [www.sergiojariccia.it](http://www.sergiojariccia.it). Di recente cfr. N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, Bologna, il Mulino, 2006.

il significato dei principi di uniformità e di differenziazione<sup>2</sup>, che assumono particolare rilievo nelle società contemporanee pluraliste, multiculturali e interculturali: è infatti evidente che, negli ordinamenti giuridici di tali società, assume sempre maggiore importanza l'esigenza di disciplinare i fenomeni sociali e di soddisfare le istanze individuali e collettive dei cittadini armonizzando le diversità, senza distruggere le specificità individuali o comunitarie.

A proposito dei vari significati che può assumere il concetto di laicità in Italia, può qui ricordarsi che, con la sentenza n. 203 del 1989, la Corte costituzionale ha affermato l'esistenza nel nostro ordinamento della cosiddetta laicità positiva, quella cioè della «non indifferenza dello stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale»<sup>3</sup>. La sentenza della Corte non risolve molti dei problemi discussi a proposito delle questioni oggetto del giudizio di costituzionalità; tra gli altri dubbi non risolti, tutti collegati alla questione della qualifica dello stato italiano come «stato laico», ricordo i seguenti: la relazione tra riconoscimento del valore della cultura religiosa e insegnamento confessionale delle religioni; la libertà di insegnamento dei docenti tenuti a insegnare in conformità alle dottrine religiose (tale situazione riguarda l'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica e l'insegnamento di tutte le materie nelle scuole confessionali di ogni ordine e grado, università comprese); il significato dell'espressione «insegnamento della religione cattolica nel quadro delle finalità della scuola statale»; la configurazione dell'insegnamento della religione cattolica come insegnamento «facoltativo»; la collocazione di tale insegnamento nel quadro dell'orario scolastico; la presenza degli insegnanti di religione negli scrutini; la previsione dell'insegnamento confessionale nella scuola materna.

Nella sentenza costituzionale n. 203 del 1989 per la prima volta si perviene alla nitida conclusione di ritenere sussistente e giuridicamente efficace nel nostro ordinamento costituzionale il principio di

---

<sup>2</sup> Cfr. E. CARLONI, *Lo stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, Giappichelli, 2004.

<sup>3</sup> La Corte afferma che i valori costituzionali in materia religiosa concorrono «a strutturare il principio supremo della laicità dello stato, che è uno dei profili della forma di stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica».

laicità dello stato e alla corte costituzionale deve dunque essere ascritto il merito di avere offerto un'autorevole indicazione sull'esigenza di collegare, anche da un punto di vista giuridico, i valori di democrazia, pluralismo e laicità. I giudici costituzionali definiscono la laicità quale concreto intervento dello stato per favorire il regime di pluralismo culturale e confessionale della nostra società: nelle parole della Corte, infatti, «l'attitudine laica dello stato-comunità [...] si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini».

La lettura della laicità considerata non come neutralità «negativa» ma come atteggiamento «positivo» dello stato può presentare tuttavia diverse e numerose incongruenze col nostro ordinamento quale esso è venuto configurandosi dopo il 1948, con l'entrata in vigore della costituzione, ma anche dopo il 1956, con l'inizio dell'attività del supremo organo di giustizia costituzionale. La prima di tali incongruenze riguarda l'esigenza di rispetto del principio costituzionale di eguaglianza, considerato anche con riferimento alla disposizione costituzionale dell'eguale libertà di tutte le confessioni religiose (art. 8, comma 2, Cost.). È noto che l'eguaglianza giuridica rappresenta un passaggio obbligato nella garanzia delle minoranze, vive in eterna dialettica con la libertà e, come divieto di discriminazione, fa parte dei principi fondamentali dell'ordinamento e dunque contribuisce a integrare l'ordine pubblico dello stato<sup>4</sup>.

A tal proposito ci si è domandati se l'«attitudine di servizio» dello stato-comunità a beneficio d'una qualche religione positiva non rischi di divenire «una versione aggiornata – certo sotto specie democratiche, ma non per questo meno insidiosa – dell'antica dottrina del “braccio secolare”»<sup>5</sup>. L'esperienza insegna, o dovrebbe insegnare, che la democrazia non è soltanto il governo della maggioranza, ma anche, e anzitutto, il regime della difesa delle minoranze<sup>6</sup>. Recenti

---

<sup>4</sup> A. CERRI, *Libertà, eguaglianza, pluralismo nella problematica della garanzia delle minoranze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XLIII, 1993, pp. 289 sgg., spec. pp. 297, 299, 300.

<sup>5</sup> L. GUERZONI, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridica positiva: il diritto ecclesiastico*, in AA.VV., *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea*, a cura di G. DALLA TORRE, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 105 sgg., spec. p. 120; cfr. anche S. LARICCIA, *Coscienza e libertà*, cit., pp. 42 sgg.

<sup>6</sup> Cfr. S. LARICCIA, *Minoranze in Europa*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, IV, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 762 sgg.

orientamenti politici rivelano molte incomprensioni di tale esigenza e penso dunque che sia utile ribadire che l'eguaglianza è anche una garanzia contro l'arbitrio dei governanti, che troppo spesso dimostrano la loro propensione a seguire logiche corporative, come rivela il diffuso fenomeno dei gruppi di pressione e delle lobby. In questa prospettiva l'attitudine di servizio dello stato-comunità a favore soltanto di alcune confessioni religiose può determinare inaccettabili condizioni sfavorevoli per quelle confessioni che non godano del riconoscimento di soggetti meritevoli di ottenere una disciplina per loro favorevole.

La concezione di neutralità «positiva», quale versione o forma attuale del principio di laicità, rischia di per sé di convertire lo stato a strumento delle opzioni religiose o ideologiche socialmente più forti, cioè a dire delle istanze maggioritarie della coscienza religiosa e civile: una svalutazione dell'esigenza di eguaglianza (formale e sostanziale) potrebbe facilmente far sì che il «regime di pluralismo», per usare l'espressione contenuta nella sentenza della Corte costituzionale n. 203 del 1989, degeneri nell'opposta forma del «pluralismo di regime»<sup>7</sup>.

La lettura della sentenza della Corte costituzionale risulta inoltre problematica se comparata col principio di separazione fra gli ordini propri dello stato e delle confessioni religiose di cui all'art. 7, comma 1, Cost.<sup>8</sup>. Il principio dell'indipendenza, della sovranità e dell'autonomia dello stato italiano risulta storicamente coesistente all'avvento della figura o forma dello *stato laico*: una chiara conferma di diritto positivo, nonostante la mancanza di un esplicito riconoscimento dello stato italiano come stato laico, la si può individuare nella stessa carta costituzionale, e non soltanto nelle disposizioni costituzionali in materia religiosa ma anche nel principio, talora sottovalutato, di imparzialità della pubblica amministrazione *ex art. 97*, comma 1, Cost.

La Corte costituzionale, nella ricordata sentenza del 1989 e nella sua successiva giurisprudenza, non ha accolto quella concezione della *laicità-neutralità*, considerata «l'espressione più propria della laicità» da Costantino Mortati<sup>9</sup>: una concezione che, al contrario di

---

<sup>7</sup> L. GUERZONI, *Problemi della laicità*, cit., p. 123.

<sup>8</sup> S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 67; L. GUERZONI, *Problemi della laicità*, cit., p. 123.

<sup>9</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1976. Sul pensiero di Mortati può vedersi S. LARICCIA, *Il contributo di Costantino Mortati per l'attuazione*

quella accolta dai nostri giudici costituzionali, comporta l'irrelevanza per lo stato dei rapporti derivanti dalle convinzioni religiose dei suoi cittadini, nel senso di considerarli fatti privati da affidare esclusivamente alla coscienza dei credenti. Tale concezione della laicità era bene espressa dalla formula del settimo principio fondamentale della Costituzione della repubblica romana del 1848, nel quale si stabiliva che l'esercizio dei diritti privati e pubblici dei cittadini non avrebbe dovuto dipendere dalla loro credenza religiosa<sup>10</sup>.

Questa concezione di *laicità*, a distanza di tanti anni da allora, tarda ad affermarsi nel nostro paese, come dimostra l'esperienza di quanto è avvenuto in parlamento, in occasione del voto sulla legge in materia di fecondazione artificiale, quando si è potuto constatare che le esigenze di laicità della società italiana erano maggiormente rispettate negli anni nei quali furono approvate le leggi sul divorzio e sull'interruzione della gravidanza. Anche a questo proposito occorre ribadire il diritto dei cittadini a leggi che non impongano comportamenti o divieti ispirati a pur rispettabili principi religiosi ed etici, ma debbano garantire la libertà di tutti, nella coesistenza di scelte e di principi individuali.

A proposito dei vari significati che può assumere l'espressione *laicità*, occorre tenere presente che assai spesso la chiesa cattolica tende a svuotare del suo contenuto la parola laicità, un obiettivo che risulta chiaro se si valutano molti documenti ecclesiastici che riguardano tale questione: a titolo d'esempio ricordo la nota dottrinale che, nel novembre 2002, la congregazione cattolica per la dottrina della fede rivolse ai politici italiani, nella quale si leggeva: «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», brano nel quale la chiara affermazione sull'esclusione della sfera morale dall'autonomia rispetto alla sfera civile e politica fa comprendere quali e quanti problemi si pongono sui rapporti tra morale civile e morale religiosa e tra società civile e società religiosa, per ricordare il titolo

---

*delle libertà di religione in Italia*, in M. GALIZIA-P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 491-510.

<sup>10</sup> Cfr. sul punto S. LARICCIA, *La Costituzione della Repubblica romana del 1848*, in *Giur. cost.*, XLIV, 1999, pp. 453-482.

di un fortunato volume del 1959 di Arturo Carlo Jemolo<sup>11</sup>. Il punto di vista delle gerarchie cattoliche, quando parlano di sana laicità, è che separazione della religione dalla politica non significa separazione fra la morale e la politica e che la chiesa cattolica è l'autorità divina, ultima e legittima, che definisce *la verità* in tema di moralità e che stabilisce ciò che è giusto in politica. Come si legge in una lettera del papa Benedetto XVI, di adesione al convegno dell'associazione Magna Carta del presidente Marcello Pera del 15 ottobre 2005 a Norcia, «appare legittima una sana laicità dello stato, in virtù della quale le realtà temporali si reggono secondo norme loro proprie, alle quali appartengono anche le istanze etiche che trovano fondamento nell'essenza stessa dell'uomo. Tra queste istanze primaria rilevanza ha sicuramente quel "senso religioso" in cui si esprime l'apertura dell'essere umano alla Trascendenza».

Una delle conquiste del Concilio vaticano II (1962-1965) fu il riconoscimento al laicato cattolico di una sua autonomia nella sfera temporale: ora che, con il riferimento ai concetti di *sanità* e di *verità* della laicità, sembra prevalere, l'idea di una laicità limitata, la concezione cioè di una laicità che necessita di aggettivazione, è proprio il principio dell'autonomia nella sfera temporale che è sottoposto a profonda revisione. La formula di sana laicità, già usata in passato da Pio XII e da Giovanni Paolo II, è stata ribadita dal pontefice Benedetto XVI, nel suo incontro con il presidente della repubblica Ciampi; si tratta di una concezione che intende affermare implicitamente un potere superiore della chiesa cattolica su diversi aspetti della vita civile. Giustamente ha osservato di recente, in una intervista, Giovanni Miccoli, studioso di storia del cristianesimo: «Da parte ecclesiastica vige la convinzione che esista un codice morale iscritto nella natura – su emanazione di Dio – rispetto al quale si pretende il rispetto assoluto. Al legislatore si chiede di esserne il fedele interprete. È così che viene meno la distinzione tra competenze della gerarchia e competenze del laicato, distinzione fondamentale sancita dal Vaticano II, con la quale si dava voce a cattolici di diverso orientamento. Una sorta di rivincita postuma degli ambienti anticonciliari che alla chiesa "compagna nella storia" antepongono il modello di "maestra autoritativa". Il magistero

---

<sup>11</sup> A.C. JEMOLO, *Società civile e società religiosa. 1955-1958*, Torino, Einaudi, 1959.

si propone ormai come l'unico depositario del codice morale. Il laico, anche il più progressista, è come spaesato, confuso, anche intimidito. Mi è difficile entrare nella soggettività delle persone, ma una serie di figure che avevano un alto senso dello stato sembrano essere scomparse. Oggi non c'è più un Andreatta che in parlamento denuncia le malversazioni dello Ior»<sup>12</sup>.

Oggi il problema tradizionale della laicità dello stato si è profondamente modificato rispetto al passato e tende a porsi come una questione complessiva riguardante tutti i temi e problemi eticamente sensibili: può comprendersi dunque quali gravi e preoccupanti conseguenze comporta l'insistenza con la quale una parte significativa della cultura cristiana vorrebbe che lo stato, con le sue leggi, non ammettesse nuovi diritti nell'ambito di relazioni sessuali divergenti dalla tradizione e dalla pratica prescritta dalla religione e che alla ricerca scientifica, con particolare riferimento alle importanti prospettive che si sono aperte nella biologia e nella scoperta di nuove terapie, siano posti limiti dettati dalle concezioni della vita umana prevalenti in sede religiosa<sup>13</sup>.

## 2. *I fondamenti del pensiero laico: ragionevolezza, antidogmatismo, tolleranza, dialogo*

Com'è noto, è assai accentuata la tendenza a usare, soprattutto nelle polemiche politiche, il termine *laicista* in senso spregiativo, per qualificare negativamente chi si propone di ottenere il rispetto delle

---

<sup>12</sup> Cfr. S. FIORI, *Il silenzio dei cattolici democratici*, in *la Repubblica*, XXXI, 12 luglio 2006, pp. 41-42; *Id.*, *Se il dialogo muore a sinistra. Inchiesta / Il silenzio dei cattolici democratici*, *ivi*, 13 luglio 2006, pp. 46-47. Sul caso dello IOR e sulla posizione assunta dal Beniamino Andreatta, ex ministro del Tesoro e grande economista, che vive in coma dal 15 dicembre 1999, cfr. S. LARICCIA, *Banche e opere di religione. La questione Ior-Banco Ambrosiano*, in *Bozze* 83, I, n. 2, 1983, pp. 107-13; *Id.*, *La posizione e le attività dell'Istituto per le opere di religione (Ior) e la responsabilità dei suoi dirigenti*, in *Giur. cost.*, XXXII, 1987, II, n. 7, pp. 126-138.

<sup>13</sup> Cfr. in proposito L. CAFAGNA, *Temi per una discussione sul Partito democratico*, in *Le nuove ragioni del socialismo*, IV, n. 36, 2006, pp. 13 sgg., spec. p. 14; G. CORBELINI, *Manipolazione e censura della scienza*, in *Crit. liberale*, XIII, n. 123-124, 2006, pp. 36-38; P. DONATELLI, *Diritti, scienza e religione*, *ivi*, pp. 39-42.

esigenze di laicità nella società e nell'ordinamento di un determinato paese. Nonostante la frequenza e l'insistenza con le quali viene richiamata e sottolineata la distinzione fra tendenze e orientamenti *laici* e *laicisti*, affermando l'esistenza di una grande presunta dicotomia, non esistono in realtà sostanziali differenze tra i due termini di laicità e di laicismo<sup>14</sup>: se si consulta uno dei più diffusi vocabolari della lingua italiana, quello di Giacomo Devoto e Gian Carlo Oli, edito dalla casa editrice Le Monnier di Firenze, può constatarsi che con il termine *laicità* si intende l'«estraneità rispetto alle gerarchie ecclesiastiche o alle confessioni religiose» e con l'espressione laicismo si indica «l'atteggiamento di chi propugna l'indipendenza dello stato nei confronti della chiesa, sul piano politico, civile, culturale»: si tratta di due definizioni che praticamente coincidono tra loro. Dal punto di vista storico il laicismo è nato nel contesto della storia politica dell'Europa occidentale e ha assunto forme diverse a seconda delle varie configurazioni dei rapporti tra istituzioni statali ed ecclesiastiche; esso assume un diverso significato rispetto al fenomeno, assai importante nella storia e nella valutazione sociologica della società europea, della *secolarizzazione*, intesa come processo di diminuita rilevanza della religione nella vita sociale e pertanto la vicenda storica del laicismo può essere analizzata in modo autonomo<sup>15</sup>. Nel linguaggio politico

---

<sup>14</sup> Cfr. sul punto E. LECALDANO, *Relativismo e universalismo*, in *Crit. liberale*, XIII, n. 123-124, 2006, pp. 17-20.

<sup>15</sup> Cfr. le giuste osservazioni di C. MAGRIS, *Quando scompare il senso religioso. Le chiese si svuotano, le superstizioni incalzano*, in *Corriere della Sera*, CXXIX, 12 giugno 2004, pp. 1 e 3. Con particolare riferimento alle tendenze di secolarizzazione che caratterizzano la società italiana contemporanea, cfr. i due *Rapporti sulla secolarizzazione dell'Italia* a cura della *Fondazione Critica liberale*, che, in collaborazione con l'ufficio *Nuovi diritti* della Cgil nazionale, ha promosso l'*Osservatorio sulla secolarizzazione dell'Italia*, che si propone di raccogliere e analizzare dati relativi ai diversi profili della realtà socio-culturale del paese in relazione alla laicità ed allo stato di attuazione e di fruizione di diritti relativi. L'attività dell'*Osservatorio* si sviluppa nell'elaborazione di un rapporto annuale, il primo dei quali è stato pubblicato dalla rivista *Crit. liberale*, XII, n. 111-112, 2005, con la collaborazione del prof. Renato Coppi, ordinario di statistica multivariata nell'Università La Sapienza di Roma, è stato costruito un *Indicatore statistico del processo di secolarizzazione in Italia*, che viene aggiornato annualmente; il secondo rapporto è stato presentato il 13 luglio 2006, presso la sede della Cgil di Roma. Assieme allo stesso ufficio *Nuovi diritti*; la *Fondazione Critica liberale* ha anche promosso e organizzato un ciclo di *Conversazioni sulla laicità*. Con riferimento ai contenuti del

contemporaneo, il laicismo si contrappone al confessionalismo, al clericalismo e al fondamentalismo, secondo i quali, con differenze e analogie nell'uso delle tre espressioni, le istituzioni politiche dovrebbero garantire il rispetto obbligatorio per tutti dei principi religiosi della chiesa dominante.

Non rappresenta certo una novità la tendenza a tradurre *cultura europea* in *cultura cristiana*: è sufficiente pensare alla fortuna che ha avuto la frase di Benedetto Croce «Perché non possiamo non dirci “cristiani”», con la quale nel 1942, in un breve articolo apparso nel volume XV della *Critica*, il grande filosofo, pur professandosi laico, avrebbe riconosciuto la fondazione storica della nostra identità<sup>16</sup>. Alternativa, rispetto alla tesi della coincidenza tra cultura europea e cultura cristiana, è l'opinione di chi all'opposto definisce cultura europea quella rinascimentale che sbocca nel liberalismo: secondo questa concezione l'uomo colto europeo è l'uomo liberale, tollerante, aperto a tutti i valori, l'uomo del dialogo, che ha convincimenti ma non dogmatismi, che ha una propria fede, non necessariamente religiosa, ma è rispettoso della diversa fede degli altri. «Che trova bello il mondo a condizione che accolga vari orientamenti, non uomini permeati tutti della stessa dottrina. Che respinge non solo l'idea di caste, ma quella di religioni o di culture nazionali, di tradizioni ed in genere di ricchezze spirituali buone per un popolo, non trasmissibili ad altri»<sup>17</sup>.

Se non può certo contestarsi l'affermazione che il cristianesimo abbia avuto un ruolo centrale nella formazione della cultura europea, tuttavia non si può neppure negare l'importanza essenziale che per la formazione della cultura europea deve riconoscersi alle concezioni, definite con le espressioni di laicità e di laicismo, consistenti nella

---

primo *Rapporto*, cfr. S. LARICCIA, *L'influenza del fattore clericale sulle politiche pubbliche in Italia negli ultimi vent'anni e gli altri contributi pubblicati*, in *Crit. liberale*, XII, n. 111-112, 2005; il secondo *Rapporto* è pubblicato nel fascicolo nella medesima rivista, XIII, n. 123-124, 2006.

<sup>16</sup> Cfr. in proposito C. GALLINI, *Davvero non possiamo non dirci cristiani?*, in *Bel-fagor*, LIX, n. 4, 2004, pp. 385-388, spec. pp. 392-395, il quale osserva che comunque Benedetto Croce esplicitava con chiarezza il primato dei valori laici da rivendicarsi quasi come un conquista identitaria (*ivi*, p. 395).

<sup>17</sup> A.C. JEMOLO, *Cultura europea* (26 luglio 1955), in A.C. JEMOLO, *Società civile e società religiosa. 1955-1958*, cit., pp. 225-228, spec. p. 226.

tendenza ad escludere l'influenza della religione dalla vita e dalle istituzioni civili e politiche. Caratterizzato da un iniziale anticlericalismo, il laicismo si è sviluppato in forme più articolate e alcune sue tesi relative al principio di indipendenza dello stato in materia religiosa sono state assunte dal pensiero religioso contemporaneo. Costituisce un'importante conquista del pensiero laico l'affermazione che, se è certamente necessario che gli stati non interferiscano nelle scelte confessionali dei loro cittadini, è però anche necessario che le chiese non interferiscano nelle scelte (legislative, amministrative e giurisdizionali) degli stati: la laicità degli ordinamenti, la distinzione tra «peccato» e «reato», tra «norma morale» e norma giuridica, rappresentano la migliore difesa possibile anche per la garanzia delle libertà di religione e verso la religione.

Se con riferimento al concetto di laicità non vi sono certezze, considerando che, per l'uomo laico, il dubbio è la condizione naturale dell'uomo che non voglia rinunciare alla ragione, può ritenersi tuttavia che vi sia una forte condivisione nel considerare la *ragionevolezza*, l'*antidogmatismo*, la *tolleranza* e il *dialogo* come tratti essenziali del pensiero laico, nel precisare che le garanzie della laicità sono soprattutto assicurate dai sistemi politico-giuridici che prevedono la *democrazia* e il *pluralismo* e nell'affermare che occorre guardare con diffidenza rispetto alle tesi che si propongono di privilegiare la posizione delle identità collettive rispetto a quella dei singoli individui<sup>18</sup>.

Con il termine «laicismo» si indica l'atteggiamento di coloro che sostengono la necessità di escludere le dottrine religiose, e le istituzioni che ne fanno interpreti<sup>19</sup>, dal funzionamento della cosa pubblica in ogni sua articolazione<sup>20</sup>.

Una forma di dualismo è «la premessa storica allo sviluppo del pensiero laico, che è impossibile immaginare in un contesto politico-

---

<sup>18</sup> M. BOVERO, *Mine antilaico. Percorsi fra le trappole della metafisica culturalista*, in *Laicità*, XVI, n. 2, 2004, p. 2.

<sup>19</sup> Sulle varie forme di «organizzazione» degli interessi di natura religiosa e sulla loro «rappresentanza» nell'ordinamento giuridico italiano, può vedersi S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano, Giuffrè, 1967.

<sup>20</sup> E. TORTAROLO, *Laicismo*, in *Enc. scienze sociali*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, V, 1996, pp. 156-162, spec. p. 156.

religioso improntato al cesaropapismo o dominato dall'identità di stato e chiesa»<sup>21</sup>. L'avvento dello stato moderno influì profondamente sull'originaria concezione unitaria del potere politico: la nozione stessa di *res publica christiana*, considerata quale unico punto di riferimento della potestà sovrana, anche se ripartita fra l'impero e la chiesa cattolica, venne meno con il riconoscimento dell'esistenza di una pluralità di stati sovrani e con l'affermazione del principio della parità degli stati e della regola della loro sovranità: è nel quadro di questa evoluzione che la chiesa cattolica, come è avvenuto per la maggior parte delle altre chiese, pur se tenacemente impegnata nella difesa del suo potere temporale, ha dovuto gradualmente limitare il suo campo d'azione alla sfera dei rapporti spirituali<sup>22</sup>.

Il pensiero e l'atteggiamento di quanti si professano laici riconoscono nella separazione tra la sfera pubblica della politica e la sfera privata della vita religiosa una condizione necessaria per la dignità dell'uomo e per il libero esplicarsi di tutte le sue capacità. Il laicismo deve dunque ritenersi un orientamento tendenzialmente individualista e razionalista, con un riferimento tuttavia più ampio e comprensivo rispetto a quello della tematica religiosa, potendosi esso ritenere una concezione della cultura e della vita civile basata sulla tolleranza delle credenze di tutti e sul *rifiuto del dogmatismo* in ogni settore della vita sociale.

Un elemento essenziale del pensiero laico è stato infatti individuato nel *principio della tolleranza*, detto anche *principio del dialogo*, a proposito del quale Guido Calogero, uno dei maggiori studiosi della filosofia del dialogo, così si esprimeva nel 1960: «Si tratta non già di scoprire una religione o una filosofia universale al disopra 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

---

<sup>21</sup> *Ivi*, p. 157.

<sup>22</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, il Mulino, 2002, spec. pp. 124-125.

più importante, ai fini della civile convivenza di tutti, del sincero convincimento della verità delle idee proposte»<sup>23</sup>.

Storicamente il principio di tolleranza nasce come reazione alle persecuzioni religiose e prepara gradualmente la separazione della sfera politico-statale dalla sfera religiosa e l'affermazione della libertà di coscienza e della libertà di pensiero. Il principio del dialogo si è venuto sempre più affermando nella filosofia contemporanea e, nelle più diverse situazioni di cultura e di pensiero, vale per qualsiasi coscienza rispettosa di sé e delle altre: vale, o dovrebbe comunque valere, anche per ogni cattolico consapevole che la convivenza civile comporta pure, come è ovvio, esigenze di coesistenza con i non cattolici e i non credenti. È un principio, quello della tolleranza, le cui origini devono farsi risalire all'umanesimo del XVI secolo, che trova la sua massima espressione nel periodo dell'illuminismo del XVIII secolo e che diviene in seguito parte integrante del pensiero liberale<sup>24</sup>.

Per un lungo periodo la sfera pubblica e la sfera privata rimasero così intrecciate che il potere pubblico e il potere ecclesiastico continuarono ad esercitare un intenso controllo delle coscienze individuali: era allora inimmaginabile una concezione che consentisse di porre il problema della libertà di coscienza. La *libertà di coscienza*, definibile come «la libertà per l'individuo di agire, nella propria condotta esterna, rilevante ai fini della regolamentazione normativa, in conformità ai dettami della propria coscienza»<sup>25</sup>, viene intesa non nel senso di un aspetto particolare del diritto di libertà religiosa, ma come libertà autonoma, più ampia della libertà religiosa e, in un certo senso, precedente tale libertà; la garanzia della libertà di coscienza riguarda l'esercizio di una libertà che deve essere idonea a ricompre-

---

<sup>23</sup> G. CALOGERO, *Tolleranza e indifferenza*, in *Quaderno laico*, Bari, Laterza, 1967, pp. 72-73.

<sup>24</sup> Cfr. M. MANETTI, *Tolleranza*, in M. AINIS (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 460 sgg., che giustamente ricorda che alle origini la tolleranza non aveva un significato propriamente libertario, ma alludeva a una scelta di opportunità, compiuta dal sovrano in nome della pace sociale, e che tale scelta si opponeva alla politica di repressione dei dissenzienti, ma non riconosceva alcuna dignità al dissenso o all'eresia e aveva insomma il carattere di una concessione in ogni momento revocabile.

<sup>25</sup> F. MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 19 sgg., spec. p. 32.

dere ogni possibile atteggiamento dell'individuo imputabile alla sua coscienza e che assume un significato sul piano giuridico quando non si risolve nell'ambito della sfera meramente individuale<sup>26</sup>. Il riconoscimento della libertà di coscienza significa che lo stato si impegna a non esercitare alcuna costrizione della coscienza individuale, ritenendosi unicamente ammissibili forme eventuali di limitazione che trovino il loro fondamento nelle disposizioni che le prevedono (cfr. per esempio, l'art. 9, comma 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950). I poteri pubblici non devono dunque proporsi di influenzare le decisioni di coscienza del singolo o di collegare ad esse privilegi o svantaggi<sup>27</sup>.

### 3. *La prospettiva europea*

È nota la vivacità del dibattito riguardante la necessità o meno che nel preambolo della Costituzione europea approvata il 19 giugno 2004 figurasse il richiamo – fortemente sostenuto dalla chiesa di Roma e da alcune confessioni evangeliche – alle radici cristiane – secondo alcuni giudaico-cristiane – dell'Europa. La convenzione europea aveva trovato un ragionevole compromesso sull'argomento, limitandosi soltanto a fare riferimento ai valori «culturali, religiosi ed umanistici dell'Europa»: non soltanto vi erano molte ragioni che inducevano a ritenere che la sola inclusione delle radici cristiane avrebbe ingiustamente escluso aspetti altrettanto importanti che meritavano di essere menzionati, determinando così un grave squilibrio nella stessa immagine culturale del continente, ma vi era anche l'esigenza prioritaria di mantenere il principio di laicità, uno dei più apprezzabili aspetti della cultura europea rispetto alle culture che non sono ancora riuscite a separare i precetti divini dalle leggi umane.

Nella maggior parte dei paesi d'Europa la nozione di tolleranza verso le idee e credenze, non soltanto religiose, che costituisce uno

---

<sup>26</sup> S. LARICCIA, *Coscienza e libertà*, cit.; S. LARICCIA - A. TARDIOLA, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, III, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 815 sgg.

<sup>27</sup> La Corte costituzionale italiana ha riconosciuto il diritto alla libera formazione della coscienza, senza influssi di natura familiare, ambientale, sociale o istituzionale, nelle sentenze nn. 409 del 1989, 467 del 1991, 149 del 1995.

degli aspetti essenziali del concetto di laicità, ha trovato la sua realizzazione nella garanzia del *pluralismo*, che può 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»<sup>28</sup>.

Per comprendere il pluralismo di oggi, e valutare i caratteri che esso assume nelle società democratiche contemporanee, è necessario riconsiderare la storia europea dell'età moderna, età in cui gli stati si erano ormai consolidati e tutti avevano in comune tra loro un principio fondamentale: *un re, una legge, una fede*. Per la mentalità di allora, dominata dall'idea e dal principio dell'unità, risultava praticamente impossibile accettare il diverso, il *non conforme*, l'*anormale* e l'idea di tolleranza non era concepibile, perché sui valori ultimi, quelli religiosi, non si poteva transigere: di qui i roghi in Europa e le guerre civili in Francia, in Germania e in Inghilterra. Ma vi furono anche uomini che intuirono che era necessario trovare delle soluzioni, e che occorreva cominciare a credere nella tolleranza e nell'accettazione del diverso: solo in seguito il pluralismo trasformò il principio della tolleranza in quello della libertà religiosa<sup>29</sup>.

Anche se il processo storico di differenziazione culturale e sociale di cui il pluralismo è espressione è assai antico, le teorie pluralistiche possono ritenersi un prodotto del novecento e assumono grande importanza per potere comprendere il movimento di reazione contro il monismo statalistico e per potere valutare la sfida che il terzo millennio pone al pluralismo, che è quella delle società multiculturali e multietniche: una sfida densa di rischi e di pericoli, ma anche di grandi potenzialità per il futuro dell'umanità. Perché il principio del pluralismo possa concretamente realizzarsi sul piano istituzionale, occorre la realizzazione di una complessiva unità nella tutela delle diversità: obiettivi al quale, nei regimi democratici degli stati europei, tendono i principi di eguaglianza e di solidarietà e le garanzie delle libertà di espressione e di manifestazione del pensiero.

---

<sup>28</sup> Cfr. M. MANETTI, *Tolleranza*, cit. Sull'organizzazione e la rappresentanza degli interessi religiosi, cfr. S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, cit.

<sup>29</sup> Cfr. N. MATTEUCCI, *Pluralismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, VI, Roma, Enciclopedia Italiana Treccani, 1996. pp. 594-601, spec. p. 594. Cfr. anche N. BOBBIO, *Pluralismo*, in *Dizionario della politica*, Torino, Utet, 1990, pp. 789-794.

L'espressione *identità europea* fa riferimento alla nozione di identità collettiva. Occorre riconoscere che non pochi problemi nascono, per l'attuazione del metodo della laicità, dalla continua ricerca di identità sociali e collettive, e dalla pretesa che ad esse vengano riconosciuti diritti e, talora, privilegi, se si tiene presente che da sempre la scena del mondo è dominata da conflitti tra soggetti collettivi che identificano *sé e gli altri* in base a (pseudo) categorie etnico-culturali-religiose; l'impegno prioritario, per chi crede nei valori della laicità, consiste nel reagire alla tentazione di *pensare per gruppi*, per identità collettive, rivestendo di (presunte) divise etiche o, peggio, etico-etniche, singoli individui, dei quali il pensiero laico deve invece sempre proporsi di promuovere l'emancipazione, di proteggere l'indipendenza morale, di garantire l'autonomia e di disciplinare la responsabilità<sup>30</sup>.

Se si considera la differenza tra il principio del pluralismo istituzionale e il principio del pluralismo individuale, si devono quanto meno ricordare le difficili questioni che riguardano la concreta possibilità per gli individui di operare liberamente all'interno delle formazioni sociali organizzate nella società. Il rischio di perdere di vista l'obiettivo della garanzia dei diritti individuali si presenta soprattutto quando si riconoscono diritti e garanzie a soggetti collettivi, si assicurano per esempio le libertà – e non soltanto la libertà religiosa – alle comunità, anche se queste al proprio interno, con l'organizzazione delle strutture e con l'azione delle persone che vi esercitano l'autorità, sono intolleranti e oppressive nei confronti degli individui che ne fanno parte.

La questione è resa più complicata per quelle particolari formazioni sociali che si definiscono confessioni religiose, perché non si può dimenticare che tutte le fedi monoteiste tendono a imporsi sulle altre e a credere che le loro verità siano le uniche verità e i loro testi siano i soli testi universali. In proposito occorre riconoscere che le parole nascondono troppo spesso la realtà e che la realtà è assai diversa da quella che ci si propone di offrire: le molte parole pronunciate in occasione di alcuni convegni interreligiosi presentano talora una uniformità rappresentata dalle dichiarazioni dei rappresentanti delle confessioni religiose che, senza esclusione alcuna, esprimono la convinzione che la loro è una religione di pace e che il male, la cui esistenza nel mon-

---

<sup>30</sup> M. BOVERO, *Mine antilaico*, cit.

do è certamente impossibile negare, rappresenta tuttavia qualcosa di estraneo all'ambito della rispettiva confessione. L'esperienza storica e la valutazione di quel che avviene realmente insegnano invece che tutti – cristiani, ebrei, musulmani – hanno fatto nei secoli e fanno la guerra, uccidendo spesso in nome di Dio. La verità dunque è che da sempre si sono fatte guerre in nome della religione, anche se molti tendono a dimenticarlo e sperano che gli altri lo dimentichino<sup>31</sup>.

Se è impossibile prevedere che le varie religioni rinuncino a imporre i loro testi come verità assolute, dovrebbe trarsi la conclusione che regole comuni per la loro coesistenza vadano ricercate e trovate al loro esterno. È questa una delle funzioni del diritto, soprattutto negli ordinamenti che garantiscono la regola dello *stato di diritto* che si fonda sui tre pilastri fondamentali della divisione dei poteri, della supremazia della legge, dei principi di libertà ed uguaglianza<sup>32</sup>.

È importante qui ricordare che il concetto dello stato diritto è stato menzionato, nell'art. I-2 della Costituzione europea, come uno dei valori sui quali si fonda l'Unione europea e che, nel preambolo, la prima affermazione è quella che esprime la consapevolezza che gli abitanti dell'Europa «hanno progressivamente sviluppato i valori che sono alla base dell'umanesimo: *uguaglianza degli esseri umani, libertà, rispetto della ragione*». Si tratta di novità molto importanti se si considera che l'ideale laico comporta l'attuazione concreta dello *stato di diritto* e quindi il perfezionamento delle nostre democrazie.

Se si tiene presente l'evoluzione multiculturale e multiethnica delle società europee contemporanee, nelle quali tende ad accrescersi il rischio delle tendenze disgregative, è necessario riaffermare «la necessità di una più attenta realizzazione del principio di certezza del diritto, inteso in senso procedurale e sostanziale, come garanzia dei canoni minimali di regolazione dei modi della coesistenza civile»<sup>33</sup>.

Da giurista so bene che le norme giuridiche sono fatti che hanno pesanti conseguenze, nel senso che le parole usate e le formule adot-

---

<sup>31</sup> Cfr. l'intervista a Jean Daniel – fondatore e direttore del *Nouvel Observateur* –, *Ma i religiosi non possono dire che il terrore non c'entra con la fede*, a cura di C. PASOLINI, in *la Repubblica*, XXIX, 8 settembre, 2004, p. 13.

<sup>32</sup> Cfr. R. BIN, *Lo stato di diritto*, Bologna, il Mulino, 2004.

<sup>33</sup> F. RIMOLI, *Laicità*, in M. AINIS (a cura di), *Dizionario costituzionale*, cit., pp. 269 sgg., spec. p. 270.

tate nelle norme medesime hanno un peso notevole perché esse, al di là delle intenzioni dei proponenti delle varie disposizioni normative, portano sempre a risultati concreti, positivi o negativi: ed è proprio per questa ragione che deve accogliersi con giustificata soddisfazione la conclusione del lungo dibattito che, soprattutto nel nostro paese, ha riguardato l'inserimento delle radici religiose nel preambolo della Costituzione europea; si comprende infatti quali fossero le ragioni e i timori di coloro che, giustamente, hanno evitato di inserire nella Costituzione europea il riconoscimento delle radici cristiane. 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 di omosessuali, contrastante con le aspettative di una chiesa cristiana sarebbero state ritenute una violazione della Costituzione europea. Giustamente ha osservato Emanuele Severino che è un'affermazione dello spirito critico che l'Europa non abbia i suoi Patti lateranensi<sup>34</sup>.

Per quanto riguarda le costituzioni d'Europa, è necessario ricordare che, a differenza di altre costituzioni, come per esempio quella francese del 1958 che, all'art. 2, afferma esplicitamente il principio di laicità come elemento fondante dello stato, tale principio non è espressamente contemplato nella Costituzione italiana del 1948; così come del resto il principio di laicità purtroppo non è espressamente contemplato nelle costituzioni europee diverse da quella francese, nella Carta dei diritti approvata a Nizza nel 2000 e nella Costituzione europea del 2004<sup>35</sup>.

Non mi posso dilungare sul punto, ma è certamente opportuno ricordare che le disposizioni che prevedono l'uguaglianza e le libertà dei cittadini e il rispetto del diritto nel sistema giuridico dell'Unione europea consentono di parlare di un *patrimonio costituzionale comu-*

---

<sup>34</sup> E. SEVERINO, *Lo spirito critico che viene dalla Grecia*, in *Corriere della Sera*, CXXIX, 20 giugno 2004, p. 1.

<sup>35</sup> Per una valutazione del problema dei rapporti tra sfera pubblica e religione in Europa può vedersi M. VENTURA, *La laicità dell'Unione europea. Diritti, mercato, religione*, Torino, Giappichelli, 2001.

ne il cui rispetto rappresenta la migliore garanzia per assicurare lo stesso principio di laicità: principio che può oggi essere inteso come principio generale degli ordinamenti e si riferisce a un modello di neutralità dello stato laico che «impone 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»<sup>36</sup>.

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 poteri pubblici di fronte al fenomeno religioso, neutralità delle istituzioni civili nei confronti delle scelte individuali dei cittadini, rispetto della ragione e del diritto: a questi principi fanno riferimento il riconoscimento costituzionale che «l'Unione si fonda sui valori di rispetto della dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, stato di diritto e rispetto dei diritti dell'uomo», e l'affermazione che «questi valori sono comuni agli stati membri in una società fondata sul pluralismo, sulla tolleranza, sulla giustizia, sulla solidarietà e sulla non discriminazione»: su questi principi è fondata la speranza che possano realizzarsi in Europa le condizioni per una piena laicità.

Non mancano i timori e i dubbi per il futuro, soprattutto se si considera che nella Costituzione europea, pur non figurando alcun richiamo alle radici cristiane, è tuttavia prevista una disposizione, quella dell'art. 52, n. 1, che, stabilendo che «l'Unione rispetta e non pregiudica lo *status* previsto nelle legislazioni nazionali per le chiese e le associazioni o comunità religiose degli stati membri», sostanzialmente ribadisce anche i regimi concordatari vigenti in alcuni sistemi giuridici dell'Europa.

I vari soggetti confessionali che operano in Europa e le loro articolazioni hanno sollecitato l'instaurarsi di prassi, già adottate nelle esperienze nazionali, di cooperazione e negoziazione nel rapporto con i poteri pubblici operanti all'interno dei rispettivi ordinamenti. In

---

<sup>36</sup> F. RIMOLI, *Laicità*, cit.

Europa, un presupposto del dialogo tra Unione e gruppi confessionali è rappresentato dalla tendenza a perseguire l'obiettivo dell'ideale di un'anima per la costruzione europea, che, seguendo le indicazioni prospettate molti anni fa da Delors, ha obiettivi precisi e ben definiti a vocazione etico-spirituale: 1) definizione di un senso del processo di unificazione europea; 2) rafforzamento della tolleranza e del pluralismo, nonché del mutuo rispetto delle differenze; 3) solidarietà con i più deboli; 4) coinvolgimento di persone e gruppi nelle discussioni sulla politica europea; 5) promozione della libertà di opinione e di azione contro le molteplici costrizioni della società moderna.

Queste tendenze e il perseguimento di questi obiettivi pongono problemi di non facile soluzione per chi si proponga di favorire in Europa la costruzione di una società e l'organizzazione di istituzioni fondate sul principio di laicità. Il sistema giuridico comunitario può, a mio avviso, considerarsi un sistema laico e pluralista. Una serie di ragioni concorrono a far ritenere esistente tale qualifica. Innanzi tutto la circostanza, giustamente ricordata in un volume di Marco Ventura, che «i trattati disegnano un sistema giuridico che non riconosce in altri che nella volontà degli stati membri (dunque, per il principio democratico, nella volontà dei cittadini) la propria origine e legittimazione. E disegnano altresì un sistema giuridico indipendente da soggetti ideologico-religiosi e non pregiudicato, nell'elaborazione delle proprie politiche, da alcuna ipoteca ideologica, filosofica o religiosa»<sup>37</sup>. L'uso di questa espressione – che non vi sia un pregiudizio di un'ipoteca confessionale (religiosa) – rende naturalmente di particolare importanza l'assenza di condizionamenti derivanti da richiami alle comuni radici cristiane o cattoliche, dalla tradizione del pensiero cattolico e, per la nostra esperienza italiana, dall'assenza di patti e intese di tipo concordatario che si proponessero di garantire privilegi più che libertà.

Con riferimento all'esperienza dell'Europa, penso comunque che si possa avere fiducia in un sistema, come quello europeo, che stabilisce la supremazia del diritto: senza il diritto non c'è libertà ma arbitrio; e sempre più si afferma l'esigenza che le costituzioni, quella europea non meno di quelle dei singoli stati d'Europa, con le loro disposizioni, i loro principi consolidati e i loro valori, siano fonti di garanzia per

---

<sup>37</sup> M. VENTURA, *La laicità dell'Unione europea*, cit., p. 12.

tutti. Alla base della libertà, della democrazia, del rispetto del diritto e della dignità dell'uomo che la Costituzione europea approvata nel 2004 dichiara di promuovere, c'è quello spirito critico, cioè la lotta contro le tirannidi che esigono la cieca accettazione dei loro comandi<sup>38</sup>.

#### 4. *Il caso italiano: il peso del passato; i problemi del presente e del futuro*

Con l'entrata in vigore della costituzione, non si può certo dire che il principio di laicità si sia pienamente imposto nel nostro ordinamento, poiché, accanto agli articoli 2, 3, 7, comma 1, 8, comma 1, 19, 20, 21, 33, comma 1, vi è una disposizione costituzionale che indubbiamente introduce elementi di confessionalità nell'ordinamento giuridico italiano, in contrasto con l'opinione, sostenuta in Assemblea costituente da Piero Calamandrei, che contestava il proposito dei costituenti di «richiamare» nella Carta costituzionale i Patti lateranensi del 1929: l'art. 7, comma 2, Cost. rinvia ai Patti lateranensi, e dunque anche a quelle norme (art. 1 del Trattato e artt. 1 e 36 del Concordato) che richiama il principio della religione cattolica come sola religione dello stato italiano e affermavano che fondamento dell'istruzione pubblica, di tutta l'istruzione pubblica, dovesse essere l'insegnamento della religione cristiana, secondo la forma ricevuta dalla dottrina cattolica. Nel 1984, con gli accordi di revisione del Concordato del 1929, l'art. 1 del Protocollo addizionale (richiamato nel d.lgs. n. 297 del 1994, t.u. sulla pubblica istruzione) segna il superamento del principio della religione cattolica come religione di stato.

Se dunque è un'affermazione spesso ripetuta che il valore della laicità è richiamato *espressamente* dalla Costituzione italiana, la laicità dello stato italiano e delle istituzioni repubblicane costituisce da molti decenni un problema che richiede un'attenta valutazione, considerando che indubbiamente la Costituzione italiana, nell'art. 7, comma 1, prevede il principio dell'indipendenza tra stato e chiesa cattolica, ma la previsione del richiamo dei Patti lateranensi per la disciplina dei rapporti tra stato e chiesa cattolica, con gli elementi

---

<sup>38</sup> E. SEVERINO, *Lo spirito critico che viene dalla Grecia*, cit, p. I.

di confessionalità che essi contengono<sup>39</sup>, non consente purtroppo di aderire alla tesi della laicità quale principio espressamente contemplato dall'ordinamento costituzionale italiano. E tuttavia il principio di laicità, considerato nella sua accezione originaria di regola che stabilisce la separazione della sfera dello stato da quella propria delle chiese, può essere dedotto, oltre che dalla espressa previsione, contenuta nell'art. 7, comma 1, Cost. (*lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani*), dal sistema di democrazia pluralista vigente in Italia.

Sono trascorsi più di vent'anni da quando in Italia è stata approvata la legge 25 marzo 1985, n. 121, contenente la *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*. Il problema della riforma della disciplina dei rapporti tra lo stato italiano e la chiesa cattolica, che, com'è noto, risale alla stipulazione dei Patti lateranensi dell'11 febbraio 1929, ha potuto trovare una soluzione legislativa soltanto agli inizi degli anni ottanta: ed infatti, dopo le discussioni del marzo 1947 all'Assemblea costituente sugli artt. 7 e 8 Cost., dopo le iniziative culturali assunte nel primo decennio successivo all'entrata in vigore della costituzione<sup>40</sup>, dopo i mutamenti civili e religiosi che hanno caratterizzato le trasformazioni della società italiana negli anni sessanta, dopo che, nel febbraio 1965, una discutibile applicazione, da parte del potere esecutivo, dell'art. 1, comma 2, del Concordato del 1929 aveva determinato il divieto prefettizio di rappresentare in Roma il dramma teatrale "Il Vicario" di Rolf Hochhuth<sup>41</sup> e aveva indotto l'opinione pubblica e una parte della classe politica a prendere coscienza dell'urgenza di affrontare il tema del Concordato e delle relazioni tra stato e chiesa cattolica e dopo i numerosi dibattiti

---

<sup>39</sup> Può vedersi in proposito S. LARICCIA, *Stato e chiesa in Italia. 1948-1980*, Brescia, Queriniana, 1981.

<sup>40</sup> Notevole importanza assunse nell'ottobre 1957 un convegno degli *Amici del mondo* sui rapporti tra stato e chiesa cattolica: gli atti sono pubblicati nel volume, *Stato e chiesa*, a cura di V. GORRESIO, Bari, Laterza, 1957, pp. 27 sgg.

<sup>41</sup> Sull'episodio del divieto prefettizio di rappresentare in Roma *Il Vicario* di Rolf Hochhuth e sui riflessi che esso ha avuto negli ambienti politici cfr. S. LARICCIA, *Stato e chiesa...*, cit., p. 36.

sulla questione concordataria in parlamento, iniziati con il dibattito svoltosi alla camera, il 4 e 5 ottobre 1967, sulle quattro mozioni relative alla revisione del Concordato, il 1° dicembre 1983 il presidente del consiglio Bettino Craxi veniva ricevuto dal Papa in Vaticano e si diffondeva la notizia che era imminente la conclusione della trattativa per la revisione del Concordato lateranense. Alcuni parlamentari sollecitavano inutilmente il governo a sottoporre il progetto all'esame del parlamento e, per superare maggiori difficoltà, veniva adottata una soluzione di compromesso: discutere in parlamento non il testo dell'accordo di revisione, bensì quello di una scheletrica e generica nota informativa di quattro pagine che enunciava alcuni principi cui il documento si sarebbe ispirato.

Nel 1985 si ritenne concluso il lungo periodo di attesa per l'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano di nuovi principi sui rapporti tra stato e confessioni religiose, dopo che il legislatore, che l'anno precedente aveva anche approvato la legge 11 agosto 1984, n. 449, contenente le *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo stato e le chiese rappresentate dalla tavola valdese*, con la cosiddetta revisione concordataria aveva compiuto l'*iter* per l'approvazione di norme più rispondenti alle «esigenze di armonizzazione costituzionale», all'«evoluzione dei tempi» e allo «sviluppo della vita democratica», per richiamare i tre principi sin dal 1971 indicati dal parlamento quali criteri per la revisione del Concordato lateranense del 1929. Le due leggi sopra ricordate, insieme a quella sugli enti ecclesiastici e sul nuovo finanziamento del clero (legge 20 maggio 1985, n. 222) e alle nuove disposizioni, entrate in vigore negli anni successivi al 1984, sulla regolazione dei rapporti tra lo stato italiano e alcune importanti confessioni religiose di minoranza, hanno previsto innovazioni di grande rilievo per quanto riguarda il sistema di relazioni tra lo stato italiano e le confessioni religiose che operano all'interno del suo ordinamento. Oltre alla legge di modifica della citata legge n. 449 del 1984 (legge 5 ottobre 1993, n. 409) sono state infatti approvate le seguenti leggi di approvazione delle intese stipulate con le rispettive confessioni religiose: legge 22 novembre 1988, n. 516 con l'unione italiana delle chiese cristiane avventiste e legge (di modifica) 20 dicembre 1996, n. 637; legge 22 dicembre 1988, n. 517, con le assemblee di Dio in Italia; legge 8 marzo 1989, con l'unione delle comunità ebraiche italiane, e legge (di modifica)

20 dicembre 1996, n. 638; legge 12 aprile 1995, n. 116 con l'unione cristiana evangelica battista d'Italia; legge 29 novembre 1995, n. 520, con la chiesa evangelica luterana in Italia.

In numerose occasioni, negli ultimi quarant'anni, ho espresso l'opinione che il concordato e gli accordi di natura concordataria, rispondenti all'esigenza dei regimi autoritari di favorire la concessione di privilegi alle confessioni religiose e di agevolare l'esplicarsi di forti influenze del fattore clericale sulle istituzioni pubbliche e private, non costituiscono più, nell'attuale società italiana, uno strumento idoneo a disciplinare i rapporti tra stato e chiese e che un semplice aggiornamento dei Patti lateranensi del 1929 sarebbe risultato inadeguato a soddisfare le esigenze che caratterizzano una società democratica: l'eguaglianza dei cittadini e dei gruppi sociali anche in materia religiosa, l'imparzialità dello stato in tale materia e il principio di laicità, che opera come «fattore primario del modello di democrazia pluralista» del nostro sistema giuridico<sup>42</sup>. I rapporti tra stato e confessioni religiose riguardano così da vicino gli interessi del cittadino, protagonista dell'esperienza giuridica nei regimi democratici, da non potere essere disciplinati in convenzioni di diritto internazionale, né mediante la procedura che caratterizza la ratifica di tali convenzioni.

È opportuno qui ricordare che aderire alla tesi del superamento del regime concordatario non significa affermare che i rapporti tra i due ordinamenti dello stato e della chiesa cattolica debbano essere necessariamente concepiti nella forma separatista delle cosiddette *parallele*, giacché nell'odierna società pluralista le relazioni tra le autorità dello stato e delle confessioni religiose sono certo inevitabili. Una volta soddisfatta l'esigenza dell'abbandono del modello autoritario e verticistico implicito nell'istituto del concordato, i rapporti tra stato e chiese possono essere disciplinati, o sottoponendo il fenomeno religioso al diritto comune<sup>43</sup>, oppure ricorrendo a nuovi strumenti

---

<sup>42</sup> F. RIMOLI, *Laicità*, cit., p. 270.

<sup>43</sup> Per un esame e una valutazione delle possibili forme di accordi tra stato e chiesa cattolica, alternativi rispetto allo strumento giuridico del concordato e della loro natura giuridica, utili indicazioni possono rinvenirsi in G. CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano, Giuffrè, 1974; AA.VV., *Le intese tra stato e confessioni religiose: problemi e prospettive*, Milano, Giuffrè, 1978; AA.VV., *Il Concordato:*

formali di accordo che assumano una qualifica diversa rispetto a quella delle convenzioni di diritto internazionale o si configurino come accordi politici a rilevanza interna<sup>44</sup>.

Molti dei problemi conseguenti alla confessionalizzazione della società italiana determinati dall'entrata in vigore dei Patti lateranensi del 1929 e dalla decisione dell'Assemblea costituente di richiamare tali patti nella Carta costituzionale del 1948 non sono certo venuti meno con l'approvazione del nuovo concordato e non v'è dubbio che sulla tormentata vicenda relativa alla riforma della legislazione sui rapporti tra stato e chiesa cattolica abbiano esercitato notevole influenza valutazioni di opportunità e di convenienza politica in parte estranee al problema della politica ecclesiastica. È tuttora viva la polemica da parte di chi osserva che il Concordato costituisce uno strumento superato e inadatto a soddisfare le attuali esigenze della società civile e che, in particolare, l'accordo di modificazioni del Concordato lateranense non ha risalto i nodi più importanti della questione concordataria, e continua a porre, a distanza di vent'anni, molti e complessi problemi di interpretazione, anche perché il potere politico ha utilizzato una tecnica legislativa che ha affidato all'interprete la ricerca delle soluzioni più adeguate in molte ipotesi in cui l'importanza delle questioni, il contrasto delle opinioni e il desiderio di concludere una lunga e faticosa trattativa hanno indotto a lasciare aperti i problemi e a rinunciare alla previsione di norme dal contenuto chiaro e suscettibile di una sicura interpretazione.

---

*trattato internazionale o patto politico?*, Roma, Boria, 1978. Per alcune considerazioni sul problema di una legge sul fatto comune religioso, cfr. P. BELLINI, *Per un nuovo laicismo: per una legge comune del fatto religioso*, in AA.VV., *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 167 sgg.; S. LARICCIA, *Problematica extraconcordataria dei rapporti tra stato e chiesa in Italia*, in *Città & Regione*, n. 6, 1982, pp. 173-184.

<sup>44</sup> Per la dottrina che ha parlato di negozi di diritto pubblico interno, a proposito degli atti normativi contenenti gli accordi con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, e in particolare le intese che devono precedere la legge dello stato sulla disciplina dei rapporti con le confessioni medesime, cfr. P. FLORIS, *Uguale libertà delle confessioni religiose e bilateralità tra stato e chiese (teorie giuridiche e progetti di riforma)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XXXIII, 1983, pp. 3 sgg., spec. p. 32.

## 5. *Fattore clericale e politiche pubbliche in Italia*

Soprattutto negli ultimi vent'anni si sono verificate le condizioni favorevoli per l'instaurarsi di frequenti e intensi rapporti in Italia tra autorità pubbliche e quelli che, secondo una definizione da me stessa individuata e studiata più di trent'anni fa<sup>45</sup>, possono qualificarsi i rappresentanti degli interessi religiosi, intendendo con tale espressione non soltanto le chiese e le confessioni religiose, ma anche altre organizzazioni interconfessionali e intraconfessionali, non confessionali e filosofico-umanistiche. Sull'affermarsi di questa pratica del confronto e del dialogo ha fortemente influito la tendenza a prendere coscienza della valenza sociale delle istituzioni economiche (con particolare riferimento alla materia del lavoro e della sicurezza sociale) e soprattutto il proposito di agire nella prospettiva di un miglioramento delle condizioni di vita dei cittadini, in ambiti essenziali quali sono quelli dell'educazione e della formazione, della lotta per il superamento delle discriminazioni e dell'emarginazione sociale, della parità dei sessi, della sanità.

«La laicità della democrazia – si è osservato – è identificabile con lo spazio pubblico entro cui tutti i cittadini, credenti e non, confrontano i loro argomenti e seguono procedure consensuali di decisione, senza far valere ragioni autoritative delle proprie verità di fede o dei propri convincimenti in generale. Laicità significa dunque attenersi al criterio della reciproca persuasione e della leale osservanza delle procedure»<sup>46</sup>.

Esempi particolarmente significativi di pressioni esercitate sulle politiche pubbliche in Italia sono rappresentati dai discorsi delle gerarchie ecclesiastiche sul divorzio e sugli obblighi che deriverebbero per i giudici e gli avvocati nei diversi paesi; dalle affermazioni della conferenza episcopale, ripetute e sempre più pressanti, tendenti a perseguire l'obiettivo di introdurre o modificare la legislazione e le prassi sul riconoscimento dell'embrione e della persona umana; dall'insistenza con la quale, pur dopo la sottoscrizione della Costituzione europea, si richiede la menzione,

---

<sup>45</sup> S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, cit.

<sup>46</sup> G.E. RUSCONI, *Come se Dio non ci fosse*, Torino, Einaudi, 2000, p. 153.

nel preambolo della Costituzione europea, delle radici cristiane, e/o giudaico-cristiane, che dovrebbero costituire essenziale criterio di riferimento per l'interpretazione delle disposizioni contenute nella costituzione approvata nel 2004.

Dodici anni fa, concludendo una relazione dedicata ai problemi della laicità in Italia<sup>47</sup>, osservavo che soltanto poco tempo prima, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 203 del 1989, che aveva ritenuto il principio di laicità uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano, si erano create le condizioni per la laicizzazione della politica e per la costruzione dell'Italia democratica come stato laico e aggiungevo le seguenti parole: «Il futuro è di fronte a noi, credenti e non credenti, affidato all'impegno cosciente e responsabile di tutti coloro che perseguono l'obiettivo di un'emancipazione della politica dalla religione e quindi dello stato dalle chiese ed assegnano ad un comportamento politico autonomo dai valori religiosi il compito di creare uno stato moderno, laico, democratico, solidarista e pluralista».

Non mi soffermo qui a considerare se negli anni trascorsi da allora si siano accentuati in Italia i caratteri di modernità, democrazia, solidarietà e pluralismo; per quanto riguarda il problema della laicità, penso che vi siano molte ragioni per temere che la situazione non sia per niente migliorata e che vi siano anzi sempre maggiori ostacoli per la riaffermazione di un valore importante qual è la laicità dello stato e delle sue istituzioni<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> S. LARICCIA, *Laicità e politica nella vicenda dello stato italiano contemporaneo*, in *Behemoth*, IX, n. 16, 1994, pp. 75-84 e in *Quad. dir. e politica eccl.*, XII, 1995, I, pp. 11 sgg., spec. p. 20.

<sup>48</sup> Per motivi di spazio non posso considerare in questa sede un problema che ha assunto negli ultimi anni un grande rilievo in molti paesi d'Europa: la questione dell'ammissibilità della presenza dei simboli religiosi nei locali pubblici. Rinvio in proposito ai miei numerosi contributi sul tema: *Torniamo alla costituzione*, in *Crit. liberale*, X, n. 96, 2003, pp. 171-173; *Diritti di libertà in materia religiosa e principi di imparzialità e di laicità delle istituzioni civili: la parola alla Corte costituzionale*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 181-189; *A ciascuno il suo compito: non spetta alla Corte costituzionale disporre la rimozione del crocifisso nei locali pubblici*, in *Giur. cost.*, n. 48, 2004, pp. 4287-4292; *Problemi in tema di laicità dello stato e delle istituzioni civili*, in *Studi in memoria di Livio Paladin*, Padova, Cedam, 2004, pp. 1245-1255; *Libertà delle confessioni e simboli religiosi*, in R. BOTTA (a cura

Le preoccupazioni, che riguardano molti argomenti, con specifico riferimento all'affermazione dei *nuovi diritti* delle persone, sono particolarmente giustificate in materia scolastica, nella quale da molto tempo è in atto un processo di sistematica distruzione della scuola pubblica, dimostrato da tanti e significativi «fatti» verificatisi nel periodo più recente<sup>49</sup>: eliminazione dell'aggettivo «pubblica» accanto al sostantivo «istruzione» per la definizione del Ministero dell'istruzione, della cultura e dell'università contenuta nel d.lgs. n. 300 del 30 luglio 1999 (è soltanto un fatto nominalistico?); affermazione del concetto che deve ritenersi superata l'idea che i poteri pubblici (*res publica*, come si legge nel secondo comma dell'art. 3 Cost.) debbano farsi carico di un'offerta per tutti; approvazione dalla legge n. 62 del 10 marzo 2000 relativa alla parità scolastica e al diritto allo studio e all'istruzione, una legge a mio avviso incostituzionale, perché contrastante con importanti principi contenuti in tema di scuola, insegnamento e istruzione nell'art. 33 Cost.; assunzione a tempo indeterminato dei docenti di religione cattolica (ben 3.077 nel dicembre 2005 e alcune migliaia nei primi mesi del 2006!); nomina di un cardinale nella commissione incaricata di valutare i problemi relativi alla deontologia dei docenti della scuola pubblica; prassi delle scuole private cattoliche di ogni ordine e grado di licenziare chi si sposi con rito civile o chi realizzi una famiglia di fatto; nuovo sistema di esami di maturità che anche nelle scuole private si propone di limitare a un solo componente la presenza di membri esterni; definirsi di «un quadro complessivo di un governo che privilegia le scuole private e la scuola come servizio ai privati, che indebolisce ulteriormente il profilo laico della scuola di

---

di), *Studi per i cinquant'anni della Corte costituzionale: il diritto ecclesiastico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 217-229.

<sup>49</sup> Con particolare riferimento alla laicità della scuola e nella scuola in Italia cfr. S. LARICCIA, *L'insegnamento della religione tra concordato e legislazione unilaterale dello stato*, in *Atti del convegno su «Società civile, scuola laica e insegnamento della religione»* (Roma, 17-19 novembre 1982), Brescia, Queriniana, 1983, pp. 43-78, e in *Diritto eccl.*, XCIII, 1983, I, pp. 3-37. Su un piano più generale, cfr. S. LARICCIA, *Laicità e politica ...*, cit.; Id., *Laicità dello stato e democrazia pluralista in Italia*, in M. TEDESCHI (a cura di), *Il principio di laicità nello stato democratico*, Soveria Mannelli, Rubettino, 1996, pp. 143-196; Id., *Esigenze di laicità della società italiana*, in AA.VV., *Manifesto laico*, a cura di E. MARZO e C. OCONE, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 59-67; cfr. anche i contributi ricordati nella nota precedente.

stato, che vuole una scuola pubblica non come luogo di convivenza e confronto di tutte le idee, ma come campo di affermazione delle proprie idee clericali»<sup>50</sup>.

L'influenza del fattore clericale sulle politiche pubbliche in Italia continua ad avere un rilievo negativo sull'evoluzione della società democratica ed è necessario che non si sottovaluti l'importanza che assume il problema della laicità nel nostro paese. Non vi è dubbio che i temi più delicati della questione relativa ai rapporti tra stato e chiese potranno trovare una soluzione soddisfacente solo quando le autorità dello stato e delle confessioni religiose avranno acquisito la consapevolezza che nella coscienza sociale sono maturate nuove condizioni, che consentono di considerare il superamento della *logica concordataria* come il risultato dell'affermazione di una società pluralista, nella quale la garanzia della libertà delle chiese non va ricercata negli accordi di vertice ma nella stessa società.

---

<sup>50</sup> Le parole riportate nel testo sono contenute in un comunicato del comitato torinese per la laicità della scuola, emesso il 15 novembre 2001 e pubblicato sul n. 4 del 2001 della rivista trimestrale *Laicità*, p. 8.

## *La laicità della scuola e nella scuola\**

Mi sono occupato dei problemi della laicità della scuola e nella scuola in molte occasioni nella mia vita, perché penso che sia un argomento di grande rilievo per lo sviluppo di una società democratica, in modo particolare nel nostro Paese. Cercherò quindi di parlare con semplicità, ma anche con appassionata partecipazione, di questo argomento che, per così dire, affonda le sue radici in un lontano passato.

Prima di iniziare a parlare del tema del nostro incontro di oggi, vorrei esprimere la mia sincera soddisfazione per il conferimento di una medaglia d'argento che nei mesi scorsi è stata conferita dal presidente della repubblica alla professoressa Luisa La Malfa, per il suo impegno nello sviluppo dell'elaborazione del sistema scolastico. Posso personalmente testimoniare quanto questo impegno sia stato attivo, proficuo ed efficace nella storia degli ultimi anni della scuola italiana, considerando che io conosco Luisa La Malfa da oltre 25 anni. Era il 14 marzo del 1985, ricordo, quando ho avuto occasione di partecipare a una delle riunioni annuali della federazione nazionale insegnanti scuola media, nella quale presentai una mia relazione sul problema del rapporto tra istruzione privata e istruzione pubblica e anche negli anni successivi ho avuto spesso la possibilità di apprezzare l'appassionato lavoro di Luisa nel mondo della scuola.

Con riferimento al tema della laicità, il passato rende, com'è noto, necessaria la conoscenza di molti *fatti*: e tra questi "fatti" (libri, articoli, eventi vari, episodi di vita quotidiana ecc.) vi sono anche le norme giuridiche. Io sono un giurista, la mia attività si definisce quindi come quella di colui che studia le norme giuridiche e di chi ritiene che dalla lettura, dalla conoscenza e dall'interpretazione delle norme giuridiche derivino importanti conseguenze per la soluzione di molti

---

\* Relazione al convegno della FNISM (Napoli, 29 aprile 2006), In *Atti del convegno* e in *L'eco della scuola nuova*, 59, 2006, nn. 1-2 (197-198), pp. 4-8.

problemi concreti e per l'evoluzione (o talora per l'involuzione, il mancato sviluppo) di una società.

I giuristi sanno che vi sono delle costituzioni nelle quali sono raccolti alcuni principi, alcune regole, e anche alcuni valori nei quali si crede nel momento in cui la costituzione viene approvata. Noi non abbiamo una costituzione nella quale si affermi espressamente il principio di laicità come principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico statale. Con l'entrata in vigore della costituzione, nel 1948, non si può certo dire che il principio di laicità si sia pienamente imposto nel nostro ordinamento, poiché, accanto agli articoli 2, 3, 7, comma 1, 8, comma 1, 19, 20, 21, 33, commi 1 e 3, disposizioni che inducono a propendere per l'esistenza di un principio di laicità dello stato e delle istituzioni civili, vi sono altri articoli della costituzione che introducono elementi di confessionalità: in effetti, l'art. 7, comma 2, della costituzione, precisando che i rapporti tra lo stato italiano e la chiesa cattolica «sono regolati dai Patti Lateranensi», rinvia ai patti stipulati nel 1929 tra lo stato italiano e la santa sede, e rinvia dunque anche alle norme che richiamano il principio della religione cattolica come sola religione dello stato italiano (art. 1 del trattato del Laterano e art. 1 del concordato) e all'art. 36 del concordato lateranense, che stabiliva il principio secondo il quale l'insegnamento della religione cattolica doveva costituire il fondamento di tutta l'istruzione pubblica. Nel 1984, con gli accordi di revisione del concordato, l'articolo 1 del protocollo addizionale (richiamato nel d. lgs. n. 297 del 1994, testo unico sulla pubblica istruzione) segna il superamento del principio della religione cattolica come religione di stato.

Il principio di laicità è invece affermato come principio fondamentale della costituzione in Francia. Il fatto che nella costituzione italiana non vi sia l'affermazione del principio di laicità come principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale determina non poche conseguenze negative.

Noi dobbiamo sempre ricordare che nel nostro Paese si sono succeduti tre periodi storici e due costituzioni. La prima di queste due costituzioni, lo statuto albertino del 1848, cominciava con l'affermare, nell'art. 1, che la religione cattolica apostolica romana era la *sola* religione dello stato (non “la religione dello Stato”, ma “la sola religione dello Stato”). L'articolo 1 continuava poi precisando che gli altri culti religiosi «saranno tollerati conformemente alle leggi».

Quindi il periodo liberale aveva tra i suoi principi fondanti il principio della religione cattolica come sola religione dello stato. È noto che l'art. 1 delle costituzioni di solito esprime l'aspetto fondamentale di un ordinamento costituzionale: ad esempio, l'art. 1 della costituzione approvata nel 1948 afferma che la sovranità appartiene al popolo, e con questo stabilisce, proprio nel primo dei 139 articoli che compongono la costituzione, il carattere democratico del nostro ordinamento.

La presenza del principio di confessionalità che caratterizzava lo statuto albertino del marzo 1848 non può sorprendere dal momento che allora vigeva il principio *cuius princeps eius et religio*, vale a dire la religione del principe era anche la religione dello stato in cui il principe esercitava il suo potere sovrano. Comunque l'ordinamento liberale, che individua il primo dei tre periodi (tali periodi sono infatti l'ordinamento liberale, che va dal 1861 al 1922, il ventennio fascista e, infine, il periodo democratico e repubblicano che inizia con la fine del ventennio), aveva come suo fine essenziale quello che era scritto nel famoso art. 2 della costituzione del 1789, in cui si precisava che il fine di ogni associazione politica è la *conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo*.

Badate che questo problema dei fini dello stato si collega con il problema che trova espressione nel titolo di questa mia relazione, perché i compiti della scuola mutano a seconda dei fini che lo stato si propone nei vari tipi di stato che si succedono nel tempo. Quindi i *fini* di uno stato liberale caratterizzano i compiti della scuola in uno stato liberale; i *fini* di uno stato totalitario, come è stato lo stato italiano fascista dal 1922 al 1943, caratterizzano i fini e i compiti attribuiti alla scuola dello stato totalitario; i *fini* di uno stato liberal-democratico, infine, ed è questo il periodo nel quale noi tuttora viviamo, caratterizzano i compiti della scuola di una società democratica.

Questo aspetto deve essere precisato con riferimento al passato perché molte delle norme del passato non soltanto hanno esercitato una influenza e talvolta una pesante ipoteca su tutto quello che è avvenuto successivamente in Italia, ma molte di quelle norme sono rimaste tuttora vigenti, cioè sono norme che disciplinano tuttora la vita dei cittadini italiani. Per esempio non so quanti di voi sanno che è tuttora in vigore la famosa legge sui culti ammessi del 1929, che è una legge tipicamente fascista che, quando venne approvata, si proponeva di limitare i diritti delle confessioni religiose diverse da quella cattolica. Quella

legge (legge n. 1159 del 1929), infatti, a parte alcune disposizioni che sono *cadute*, sono state cioè abrogate per effetto dell'intervento della corte costituzionale, è ancora una legge vigente ed è una legge di cui non ci si riesce a liberare per molti ostacoli, diciamo così di carattere tecnico, che non è ora il momento di precisare.

Il fine di ogni associazione politica, si diceva, nel periodo liberale era la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo. L'articolo principale della statuto albertino in materia di libertà era quello in cui si diceva che «la libertà individuale è garantita» (art. 26, comma 1), cioè non c'era, al tempo in cui lo statuto albertino venne *elargito* dal re Carlo Alberto (si trattava, infatti, di una costituzione *ottriata*, cioè concessa dal sovrano e non approvata dal popolo), una libertà riconosciuta nei confronti dei corpi sociali – delle scuole, delle persone giuridiche, delle associazioni culturali, delle organizzazioni di volontariato, dei gruppi, dei partiti, dei sindacati – perché si temeva che una eventuale libertà riconosciuta ai gruppi sociali potesse determinare un rischio per la salvaguardia dei diritti dell'individuo, che in quel periodo costituivano l'oggetto principale della tutela da parte dell'ordinamento statale.

*Conservazione* dei diritti non è qualcosa che somiglia a *promozione* dei diritti. Conservare i diritti significava soprattutto, in quel momento, impegno per il rispetto del diritto di proprietà, che era il diritto la cui tutela principalmente interessava le classi dirigenti dell'ordinamento liberale.

Il periodo fascista è caratterizzato da un completo sovvertimento di questa idea. Non soltanto non c'è l'idea della protezione dei diritti dell'individuo ma c'è anche un impegno forte nel limitare, nell'eliminare qualunque possibilità di libertà nei confronti dei corpi sociali. Questo avvenne non perché si temesse che attraverso il riconoscimento di tali libertà potessero essere poste a rischio le libertà dell'individuo ma perché si riteneva che l'unico diritto degno di essere salvaguardato fosse quello dello stato.

Una frase cara a Mussolini era «tutto nello Stato, nulla fuori dallo Stato, nulla contro lo Stato». Lo stato fascista è uno *stato etico*, interpreta anche la religione come fattore fondamentale per la protezione dell'interesse dei governanti all'unità e quindi tutte le possibilità della vita sociale sono *assorbite* nell'esercizio del potere autoritario dello stato.

Il regime fascista, ben sapendo quale fosse l'importanza della religione per l'affermazione di taluni principi ad esso cari, stipulò nel 1929 i patti lateranensi. La questione romana e il problema del concordato vengono ritenuti problemi di essenziale importanza, perché un rapporto positivo con la chiesa cattolica era in quel momento necessario per affermare nel mondo, nel campo delle relazioni internazionali, l'idea che nulla vi fosse da temere dalla politica dello stato fascista e per convincere i francesi, gli inglesi, gli americani che l'affermazione dello stato totalitario in Italia non poneva a rischio le libertà di religione, in particolare le libertà della più importante confessione religiosa esistente nel nostro Paese, la chiesa cattolica, e che quindi *ci si poteva fidare del regime*.

Venne quindi stipulato il concordato, che conteneva un articolo che ha esercitato nel tempo, torno a ripetere, una pesantissima ipoteca: si tratta dell'art. 36, già ricordato, nel quale si stabiliva che «fondamento e coronamento dell'istruzione pubblica» – di tutta l'istruzione pubblica, e dunque anche di quella universitaria – dovesse essere l'insegnamento della religione cristiana «secondo la forma ricevuta dalla tradizione cattolica». Esisteva già dal periodo liberale la legge Lanza del 1857 nella quale si precisava che il “fondamento e il coronamento” dell'istruzione religiosa dovesse essere l'insegnamento della religione cattolica ma non si era mai arrivati all'assurdo di affermare in una norma giuridica che “fondamento e coronamento” di tutta l'istruzione pubblica – cioè dell'insegnamento della storia dell'arte, della letteratura, del diritto, delle scienze, della matematica, ecc. – dovesse essere l'insegnamento della religione cattolica.

Ciò ha portato nel nostro Paese all'affermarsi di un regime di *aconfessionalità*, che è la parola contraria a *laicità*. In altre parole nel nostro Paese noi abbiamo una lunghissima e radicata tradizione di *confessionalità*, secondo la quale si attribuisce alla chiesa cattolica il potere di determinare i compiti dello stato in materia religiosa, e ci si propone di diffondere la convinzione che sia necessario obbedire alle indicazioni provenienti dalla gerarchia cattolica. E ciò naturalmente esercita un'influenza sui compiti della scuola, ritenuta la principale istituzione all'interno della quale si potesse realizzare l'obiettivo di clericalizzazione della società e di influenza sulle coscienze dei bambini e dei ragazzi attraverso il forte collegamento tra istruzione pubblica e insegnamento della religione cattolica.

D'accordo, si tratta di residui del passato, ma questa affermazione può essere vera fino a un certo punto. Ed infatti è tuttora in vigore il trattato del Laterano il cui art. 1, abrogato dalla ricordata disposizione dell'articolo 1 del protocollo addizionale del 1984, prevedeva che la religione cattolica apostolica romana fosse la sola religione dello stato, ed è possibile esprimere molte perplessità sull'attuazione dell'obiettivo consistente nella soluzione di *armonizzazione costituzionale* tentata attraverso la revisione del concordato del 1929 e la modifica di alcuni suoi fondamentali principi (insoddisfacente appare per esempio la modifica dell'art. 36 del concordato lateranense sull'insegnamento della religione cattolica nella scuola italiana).

Il nuovo concordato del 1984 fu stipulato dal primo governo socialista italiano, presieduto da Bettino Craxi. In quell'occasione Craxi colse un'occasione che richiamava alla memoria la posizione assunta da Mussolini quando il regime fascista si propose di stipulare con la santa sede i patti del Laterano: dal suo punto di vista il conseguimento di un accordo con la chiesa cattolica era importante poiché tale accordo forniva la prova, all'opinione pubblica nazionale e internazionale, che non vi erano timori di mutamenti della politica ecclesiastica italiana per l'avvento al potere di un esponente della sinistra storica in Italia. Così come nel 1929 Mussolini poteva vantarsi di essere riuscito «là dove Cavour e Giolitti avevano fallito» (questa era una frase spesso ripetuta durante il ventennio fascista), così Craxi sostenne ripetutamente che in Italia non si era riusciti a stipulare un nuovo concordato, definito “un concordato di libertà” (?), se non grazie all'intervento del primo presidente socialista.

La costituzione del 1948 volta completamente pagina, per quanto si riferisce ai compiti dello stato e della scuola dello stato, perché i fini dello stato (e della scuola) in un ordinamento democratico sono completamente diversi rispetto a quelli di un regime liberale e di un regime totalitario. Dopo l'approvazione della costituzione dell'Italia repubblicana e democratica, non c'è più l'impegno per l'esercizio dei soli poteri dello stato, la libertà individuale non è più considerata l'unica libertà da tutelare, come avviene in un ordinamento nel quale il protagonista della vita sociale è l'individuo, ma ci sono tanti soggetti da proteggere (partiti politici, sindacati, confessioni religiose) e tanti diritti (individuali e collettivi) da riconoscere, tutelare e promuovere: Molte disposizioni della carta costituzionale del 1948 – una costitu-

zione *lunga*, come usano dire i giuristi, e non *breve*, come lo statuto albertino – ci fanno comprendere come si sia in presenza di una costituzione che vuole garantire appieno quei valori che sono collegati all’affermazione del principio di laicità.

Tuttavia, nell’ordinamento attuale sussistono molte connessioni con le scelte del passato: per esempio l’art. 7, comma 2 della costituzione afferma, come si è visto, che i rapporti tra lo stato italiano e la chiesa cattolica sono regolati dai patti lateranensi. Questo articolo non si muove certo nella direzione dell’idea di laicità dello stato dal momento che richiama all’interno della carta costituzionale anche quelle disposizioni dei patti del 1929 che erano servite per realizzare in Italia la formazione di una società confessionale.

Lungo e pesante è stato il cammino percorso da coloro che in Italia si sono impegnati per superare quella che si poteva definire, come si leggeva nel titolo di un bel libro pubblicato negli anni cinquanta, l’*ipoteca* del concordato sull’istruzione pubblica: l’ipoteca, cioè, data da un insieme di disposizioni che miravano a costruire una società italiana confessionale. Molte cose sono in effetti mutate, molte sono state le sentenze della corte costituzionale in materia di diritti di libertà di religione e verso la religione, ma vi sono ancora molti residui di quel lontano passato.

I pochi minuti che mi restano vorrei dedicarli alla considerazione di alcune norme, il cui ricordo è a mio avviso indispensabile per capire le ragioni per cui ancora si parla dell’esigenza di affermare il principio di laicità nella società odierna: rimangono infatti molti pesanti condizionamenti determinati da quelle norme.

La società di oggi è una società completamente diversa rispetto a quella del passato. È una società nella quale ha faticato ad attuarsi quel *compito* della scuola e nella scuola, che vorrei ricordare a voi in quanto si tratta di un obiettivo per la cui realizzazione si richiede un appassionato e consapevole impegno da parte degli insegnanti delle scuole di ogni ordine e grado: mi riferisco all’impegno sancito nell’art. 3, comma 2, della costituzione, nel quale si legge che è compito della repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che di fatto impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’esercizio dei diritti di libertà e di uguaglianza.

L’espressione usata dal costituente – “è compito della Repubblica” – significa che è compito di tutti i soggetti della repubblica, i sog-

getti *pubblici*. Invece non si può probabilmente ritenere che questo compito sia attribuito anche ai soggetti che non sono pubblici, per esempio alle scuole private e ai professori delle scuole private. Ed è stato opportuno che la bella rivista che si pubblica da molti anni a Torino, *Laicità*, abbia dedicato uno dei suoi importanti convegni al problema di valutare se ci sia ancora una *pubblica istruzione* in Italia: questo tenendo anche conto delle conseguenze derivanti dalla decisione del governo (e si trattava di un governo di centro-sinistra!), che ha mutato perfino il nome del ministero della pubblica istruzione, che ora, eliminato l'esplicito riferimento alla qualifica di pubblicità dell'istruzione, è definito *ministero dell'istruzione*. Occorre anche tenere presente che oggi siamo di fronte a una notevole modificazione dei poteri dello stato, che in gran parte, dopo la riforma costituzionale attuata a seguito dell'approvazione della l. cost. n. 3 del 2001, sono diventati poteri delle autonomie locali. Molte difficoltà sono infine rappresentate dal fatto che dal 2000 c'è una legge dello stato, la legge n. 62 di quell'anno (anche questa è un singolare risultato dell'impegno del governo di centro-sinistra), che ha creato una discutibile e preoccupante situazione, quella determinata dall'istituzione delle scuole paritarie, le quali, non essendo scuole pubbliche possono ritenere che non rientri nei loro compiti il «compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

Tutto questo mentre sono divenute sempre più importanti ed urgenti le esigenze di una società multiculturale ed interculturale, come, al pari di molte altre società europee, è ormai da molti anni divenuta la società italiana: in proposito mi permetto di suggerire la lettura di quattro libri recenti: *La sfida di Babele: incontri e scontri nelle società multiculturali*, *La didattica interculturale* di Gastone TASSINARI, un altro libro pubblicato dalla casa editrice CAROCCI, con il titolo *Le società multiculturali*, un volumetto edito da il Mulino di Nicola Colaianni, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, un libro di *Laura Balbo* edito da Bruno Mondadori, *In che razza di società vivremo? L'Europa, i razzismi, il futuro*.

Di recente l'associazione dei costituzionalisti italiani, alla quale mi onoro di appartenere, ha proposto, tra gli altri possibili temi di discussione di un convegno dell'associazione, quello delle società multiculturali. Ci troviamo di fronte, tra le altre cose, al compito di fare in modo che si affermi il valore delle *diversità* come valore po-

sitivo. Nei 139 articoli della nostra costituzione c'è un'unica norma che parla di diversità ed è il secondo comma dell'art. 8, dove si legge che tutte le confessioni religiose *diverse* dalla cattolica sono libere di organizzarsi secondo i propri statuti.

Si pone oggi questo problema della diversità che non c'era negli anni precedenti, il problema della valorizzazione del diverso come elemento positivo. Il problema della laicità oggi non è legato soltanto al fatto religioso ma si riferisce alle varie concezioni del mondo.

Su una rivista, *L'Ateo*, è comparso recentemente un articolo in cui si sostiene che oggi il problema della laicità si debba collegare all'esigenza di superare l'idea che *fondamento e coronamento* dell'istruzione pubblica possa essere l'insegnamento di una religione specifica, sia pure essa la religione più diffusa nel nostro Paese, e alla necessità che si acquisti invece consapevolezza che ci sono varie concezioni del mondo tutte meritevoli di essere tenute presenti ed apprezzate: la non-credenza, e cioè l'ateismo, come l'opinione positiva in materia religiosa, cattolica o di altre confessioni, ciascuna depositaria di una verità.

Oggi le chiese sono molto numerose e ciascuna di esse cerca di esprimere il patrimonio di autonomia e di identità, che rappresenta il riferimento di ogni concezione religiosa.

Il nesso fra principio di laicità e compiti della scuola, quindi, è fortissimo e, al tempo stesso, l'esito della delicatissima vicenda dell'affermazione della laicità nell'esercizio quotidiano dell'attività degli insegnanti non è tanto affidato alle norme scritte nelle leggi ma all'opera di ciascuno di noi. Di ciascun insegnante e ciascun discente che sia consapevole dell'importanza di questo principio, la cui attuazione è indispensabile affinché il lavoro nella scuola si svolga tenendo presenti le varie differenze e considerando che queste rappresentano elementi positivi di crescita e di formazione per tutti.

*Alla ricerca dei provvedimenti amministrativi mediatemente riconducibili all'esercizio del potere pubblico: un nuovo avverbio per il dibattito tra i giudici, gli avvocati e gli studiosi della giustizia amministrativa italiana\**

[NOTA A CORTE COSTITUZIONALE (3 MAGGIO) 11 MAGGIO 2006, N. 191]

1. Con la sentenza annotata, relatore lo stesso giudice che era stato relatore della sentenza n. 204 del 2004<sup>1</sup>, la Corte costituzionale ha affrontato il problema dell'applicabilità alla materia dell'espropriazione per pubblica utilità dei principi accolti nella precedente sentenza del 2004 in tema di giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi. Nella sentenza n. 191 del 2006 la Corte esamina la questione di costituzionalità dell'art. 53, comma 1, d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità – Testo A), nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a «i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti equiparati», senza escludere quelli non riconducibili, «neppure mediatemente», all'esercizio di un pubblico potere<sup>2</sup>. Secondo l'interpretazione della Corte costituzionale, il criterio per ritenere giustificata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tale

---

\* In *Giurisprudenza costituzionale*, 51, 2006, pp. 1935-45.

<sup>1</sup> La sentenza 6 luglio 2004, n. 204 è pubblicata in questa *Rivista*, 2004, 2181 ss., con nota di richiami di L. A. e osservazioni di F.G. COCA e S. LARICIA (ivi indicazioni di ulteriore bibliografia).

<sup>2</sup> Per alcuni commenti alla sentenza della Corte costituzionale n. 191 del 2006, cfr. E. BIESUZ, in *www.altalex.it*; G. DE MARZO, *Occupazioni illegittime e giurisdizione: le incertezze della Consulta*, in *Foro it.*, 2006, I, 1629 ss.; A. DI MAJO, *Se la P.a. si appropria dei terreni il giudizio è di competenza del Tar*, in *Il Sole-24 ore*, 19 giugno 2006, 37; M.A. SANDULLI, *Riparto di giurisdizione atto secondo: la Corte costituzionale fa chiarezza sugli effetti della sentenza 204 in tema di comportamenti "acquisitivi"*, in *www.federalismi.it*; A. TRAVI, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazioni senza titolo dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2006, I, 1625 ss.

materia è la sussistenza di comportamenti dell'amministrazione riconducibili *almeno mediatamente* all'esercizio di un pubblico potere: deve dunque ritenersi costituzionalmente illegittima la citata disposizione del d.lgs. n. 327 del 2001 nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a «i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati» non esclude i comportamenti non riconducibili, *nemmeno mediatamente*, all'esercizio di un pubblico potere.

2. La Corte costituzionale ha accolto le censure mosse dal TAR per la Calabria con due diverse ordinanze.

Con la prima ordinanza (n. 36 del 2005), i giudici del TAR per la Calabria avevano sollevato questione di legittimità costituzionale della norma contenuta nell'art. 53, comma 1, d.p.r. n. 327 del 2001, con riferimento agli artt. 25 e 102, comma 2, Cost., nel corso di un giudizio avente ad oggetto il risarcimento dei danni procurati ad un privato dall'occupazione e dalla successiva trasformazione del proprio fondo, effettuata dall'amministrazione in mancanza di un valido decreto di esproprio. Con riferimento alla non manifesta infondatezza della questione, il giudice *a quo* aveva richiamato la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 80 del 1998 (come modificato dall'art. 7, comma 1, lettera *b*), l. n. 205 del 2000), nella parte in cui prevedeva la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie aventi per oggetto non solo gli atti e i provvedimenti, ma anche i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparati, in materia urbanistica ed edilizia, materia che comprende ogni aspetto dell'uso del territorio, ivi inclusi i procedimenti espropriativi ed acquisitivi di beni da parte della pubblica amministrazione<sup>3</sup>. In tale pronuncia,

---

<sup>3</sup> Successivamente alla sentenza n. 204 del 2004, la Corte costituzionale, con sentenza 13-28 luglio 2004, n. 281, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, commi 1 e 2, d.lgs. n. 80 del 1998, nella parte in cui con tali disposizioni il legislatore ha istituito una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di edilizia e urbanistica, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno.

rilevavano i giudici del TAR della Calabria, la Corte costituzionale ha riconosciuto che l'art. 34, nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie relative ai comportamenti, in cui la pubblica amministrazione non agisce come autorità e non esercita nemmeno in via mediata pubblici poteri, violava l'art. 25 e 102 Cost. Le stesse considerazioni, secondo i giudici rimettenti, dovevano essere svolte con riferimento alla norma impugnata, con la conseguente esclusione dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative ai comportamenti della pubblica amministrazione in materia di espropriazione, ad eccezione di quelli relativi a progetti in relazione ai quali la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza sia stata pronunciata dopo l'entrata in vigore del testo unico (ipotesi nella quale l'amministrazione potrebbe utilizzare lo strumento previsto dall'art. 43, comma 1, testo unico, che consentirebbe alla pubblica amministrazione di acquisire il bene utilizzato per scopi di interesse pubblico, anche in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o di dichiarazione della pubblica utilità e previo risarcimento dei danni).

Con la seconda ordinanza di rimessione (n. 425 del 2005), il TAR per la Calabria ha sollevato questione di legittimità costituzionale della medesima disposizione del testo unico n. 327 del 2001 in tema di espropriazione per pubblica utilità, per violazione dell'art. 103 Cost., nella parte in cui essa prevedeva la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie concernenti i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti equiparati, in materia di espropriazione per pubblica utilità; l'ordinanza riguardava un giudizio avente ad oggetto la richiesta di pagamento dell'indennità di occupazione nonché del risarcimento del danno causato ad un privato dalla perdita del diritto di proprietà su un bene che, in seguito all'adozione della dichiarazione di pubblica utilità, aveva subito un'irreversibile trasformazione del suo bene, in totale mancanza di un decreto di esproprio. Il giudice *a quo* rilevava che in tema di occupazione acquisitiva è stata unanimemente riconosciuta la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in applicazione dell'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 80 del 1998, che l'art. 53 citato aveva una diversa estensione e prevedeva una norma speciale rispetto all'art. 34 d.lgs. n. 80 del 1998, che le medesime argomentazioni adottate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004 potevano essere utilizzate

con riferimento alla norma impugnata, poiché anch'essa comprendeva nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo fattispecie in cui la pubblica amministrazione acquista la proprietà del bene a seguito di un mero comportamento, in aperta violazione dell'art. 103 Cost.

Nella sentenza annotata, la Corte, premesso che le due ordinanze avevano un diverso *petitum*<sup>4</sup>, ha richiamato la precedente sentenza costituzionale n. 204 del 2004, con cui è stata riconosciuta la parziale illegittimità degli artt. 33 e 34 d.lgs. n. 80 del 1998, poiché mediante tali disposizioni il legislatore aveva «sostituito al criterio di riparto della giurisdizione fissato in Costituzione, e costituito dalla dicotomia diritti soggettivi-interessi legittimi, il diverso criterio dei “blocchi di materie”», in violazione dell'art. 103, comma 1, Cost., che ha attribuito al legislatore il potere di indicare “particolari materie” nelle quali «la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe “anche” diritti soggettivi».

La Corte ha precisato che entrambe le ordinanze di rimessione emesse dal TAR per la Calabria muovono dall'erronea premessa che all'eliminazione del riferimento ai “*comportamenti*” dal testo dell'art. 34 non possa non seguire la sua elisione dal testo dell'art. 53, comma 1, t.u. n. 327 del 2001: premessa erronea in quanto, osserva la Corte, la questione di legittimità costituzionale concernente l'art. 53 t.u. in materia di espropriazione non riguarda la pretesa del legislatore ordinario di devolvere “in blocco” la materia edilizia ed urbanistica (questione esaminata nella sentenza n. 204 del 2004), bensì attiene al problema della conformità a Costituzione, con riferimento agli artt. 25, 102, secondo comma, e 103, Cost., della norma che, in tema di espropriazione per pubblica utilità, comprendeva nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati.

La Corte ha riconosciuto la fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento alla norma impugnata, osser-

---

<sup>4</sup> E infatti, con la prima ordinanza i giudici rimettenti avevano chiesto l'eliminazione del riferimento ai comportamenti per i giudizi (promossi antecedentemente all'entrata in vigore del t.u. n. 327 del 2001), nei quali non poteva trovare applicazione la c.d. espropriazione sanante prevista dall'art. 43 t.u., con la seconda avevano ritenuto necessario che la Corte provvedesse ad espungere dalla norma il riferimento ai comportamenti.

vando in particolare che entrambe le fattispecie oggetto dei giudizi sono riconducibili alle ipotesi di c.d. occupazione *appropriativa* (o accessione invertita), che ricorre quando il fondo è stato occupato in seguito all'emanazione di una dichiarazione di pubblica utilità e si sia verificata una sua irreversibile trasformazione, senza l'adozione di un valido decreto di esproprio; ipotesi diversa rispetto a quella dell'occupazione *usurpativa*, nella quale il bene viene occupato in mancanza di una dichiarazione di pubblica utilità o in presenza di una dichiarazione viziata e successivamente annullata: diverse sono le conseguenze collegate alle due fattispecie, poiché, mentre nell'ipotesi di occupazione *appropriativa*, al proprietario del fondo spetta la tutela per equivalente, nel caso di occupazione *usurpativa* egli può scegliere tra la restituzione del bene e la tutela per equivalente.

Per quanto si riferisce alla questione dei provvedimenti di risarcimento dei danni, la Corte ritiene necessario un richiamo a quanto statuito dalla sentenza n. 204 del 2004, con riferimento all'art. 35 d.lgs. n. 80 del 1998, il quale riconosce al giudice amministrativo, nelle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, il potere di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto. In proposito la Corte, nella citata sentenza, aveva precisato che la previsione contenuta nel predetto articolo non costituisce una nuova "materia" attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma si pone come ulteriore strumento di tutela, accanto a quello di demolizione e/o di conformazione; ai fini della decisione della questione di legittimità costituzionale della norma censurata occorre considerare non soltanto il *petitum*, ma anche il fatto che ha cagionato il danno ingiusto.

In conclusione la Corte ha affermato che l'art. 53 t.u. n. 327 del 2001 è costituzionalmente illegittimo, laddove l'espressione "comportamenti", a prescindere da una qualificazione degli stessi, comporta la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie in cui sia parte la pubblica amministrazione; tale disposizione renderebbe infatti il giudice amministrativo giudice dell'amministrazione piuttosto che organo di tutela della giustizia nell'amministrazione, così come è previsto dall'art. 100 Cost.

L'art. 53 del t.u. n. 327 del 2001, nell'interpretazione della Corte costituzionale, è invece costituzionalmente legittimo nelle ipotesi in cui i "comportamenti" che causano il danno ingiusto rappresentino

l'esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi, essendo in tal caso riconducibili all'esercizio, seppure viziato da illegittimità, del pubblico potere dell'amministrazione. Secondo la Corte, dunque, «deve ritenersi conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a “comportamenti” (di impossessamento del bene altrui) collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, mentre deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima la devoluzione alla giurisdizione esclusiva di “comportamenti” posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto».

Nel dichiarare la parziale illegittimità costituzionale della norma, la Corte ha infine affermato che l'attribuzione della tutela risarcitoria alla giurisdizione del giudice amministrativo, in conformità a quanto sancito dagli artt. 24 e 111 Cost., e, in particolare, all'esigenza di concentrare davanti ad un unico giudice la tutela del cittadino nei confronti dell'illegittimo esercizio della funzione pubblica, « non si giustifica quando la pubblica amministrazione non abbia in concreto esercitato, nemmeno mediatamente, il potere che la legge le attribuisce per la cura dell'interesse pubblico ».

3. Nella sentenza, come si è detto, si richiamano espressamente le conclusioni accolte nella precedente sentenza di due anni prima, con la quale la Corte aveva affermato che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: è costituzionalmente legittima soltanto quando l'Amministrazione, utilizzando eventualmente anche gli strumenti previsti per la sua azione amministrativa dal diritto privato, agisce comunque come “ autorità ”, in ipotesi nelle quali dunque la materia «sarebbe comunque soggetta alla giurisdizione generale di legittimità». A tale conclusione i giudici costituzionali erano pervenuti, come si ricorda espressamente nella sentenza, sul fondamento del «necessario collegamento delle “materie” assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive – e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria e amministrativa – espresso dall'art. 103, il quale statuisce che quelle materie devono essere “particolari” rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione

agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo».

Tra i vari problemi discussi a commento della sentenza costituzionale del 2004, vi era anche quello di quali conseguenze la sentenza stessa avrebbe potuto determinare con riferimento alla questione della individuazione del giudice competente in merito alle controversie riguardanti la c.d. accessione invertita derivante da una occupazione illegittima (e per questo motivo definita occupazione *usurpativa*) o da una occupazione alla quale non seguisse un successivo e tempestivo decreto di esproprio (occupazione c.d. *acquisitiva*)<sup>5</sup>: una questione sulla quale, come avviene ormai a proposito di un gran numero di controversie della c.d. giustizia amministrativa italiana, si determinò, nel breve periodo compreso tra l'emissione delle due sentenze costituzionali del 2004 e del 2006, un aperto conflitto tra i giudici ordinari e i giudici amministrativi, che sono giunti a diverse conclusioni a proposito della valutazione del significato da attribuire ai singoli comportamenti dell'amministrazione in materia urbanistica e in particolare sul chiarimento del dubbio se tutta l'attività materiale posta in essere dall'amministrazione pubblica possa essere ricondotta alla nozione di "comportamento", che la Corte costituzionale aveva inteso far rientrare nella giurisdizione del giudice ordinario, o se essa comprenda solo l'attività materiale che non costituisce esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi e che non sia quindi riconducibile, neppure mediamente, all'esercizio del potere autoritativo della pubblica amministrazione<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Con riferimento ai fenomeni inerenti alla c.d. accessione invertita legata alla occupazione *sine titulo* e a quella legata all'espropriazione, cfr. Cass., sez. unite, 13 febbraio 1983, n. 1464, famosa e da alcuni autori ritenuta *clamorosa* pronuncia, nella quale la Corte di cassazione affermava che in tali ipotesi la pubblica amministrazione occupante acquistasse automaticamente la proprietà non solo dell'opera pubblica eseguita o in corso di esecuzione, ma anche del terreno sul quale l'opera stessa insistesse: cfr. N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005, 19, il quale giustamente osserva che tale sentenza si proponeva di applicare le regole civilistiche sulla c.d. accessione invertita, ma in verità in presenza di condizioni, presupposti, finalità e modalità assolutamente diversi (in particolare la non necessità di una pronuncia giudiziale dell'avvenuta accessione).

<sup>6</sup> Cfr., nella vasta giurisprudenza del giudice ordinario, Cass, sez. un., ordinanze 4 novembre 2004, n. 21099 e 21 novembre 2004, n. 21944, sent. 23 gennaio 2006, n. 1207 e, del giudice amministrativo, Cons. Stato, Ad. plen., 30 agosto 2005, n. 4 e 16 novembre 2005, n. 9, che ha riconosciuto la propria giurisdizione su «qualunque lite

La pubblica amministrazione deve agire come autorità e la pubblica amministrazione può agire come autorità anche attraverso comportamenti: è questo l'aspetto fondamentale della sentenza annotata; come si è giustamente osservato, costituisce questa una conclusione che si ricollega alla dottrina privatistica che, in anni non recenti, aveva osservato, con riguardo alla categoria del "comportamento concludente" che questo è una categoria negoziale, non di fatto, anch'essa riconducibile all'esercizio di privata autonomia<sup>7</sup>.

L'ordinanza delle sezioni unite della Cassazione n. 13660 del 2006, emessa successivamente alla sentenza costituzionale n. 191 di quest'anno, riconosce i valori di effettività e concentrazione delle tutele sottesi all'articolo 111 della Costituzione e adotta una soluzione in un certo senso intermedia tra quella seguita dai giudici amministrativi e quella adottata dai giudici ordinari, in quanto la Cassazione afferma che il risarcimento del danno non rappresenta soltanto il completamento della tutela assicurata dall'annullamento dell'atto, ma può anche farsi valere in via autonoma davanti al giudice amministrativo, senza rispettare il termine di decadenza dei sessanta giorni dal compimento dell'atto<sup>8</sup>.

In alcuni commenti dedicati all'importante ordinanza della Corte di cassazione si osserva che essa propone una soluzione convincente e che può ritenersi si sia «su una buona strada»<sup>9</sup>. È difficile prevedere se le conclusioni accolte nella recente ordinanza della Cassazione saranno

---

suscitata da lesioni del diritto di proprietà provocate, in area urbanistica, dalla esecuzione di provvedimenti autoritativi degradatori, venuti meno o per annullamento o [...] per sopraggiunta inefficacia *ex lege*», e ha ritenuto sottratti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo soltanto i comportamenti ricollegabili a condotte poste in essere «fuori dell'esplorazione del potere (con attività materiale), *voilà de fait*, manifestazioni abnormi del pubblico potere [...]»; v. anche Cons. Stato, Ad. plen., 9 febbraio 2006, n. 2. Per un approfondito commento all'ordinanza della Corte di cassazione, sez. un., n. 1207 del 2006 e alla sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 2006, cfr. M.C. CAVALLARO, *Comportamenti della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria: la questione della giurisdizione*, in *Giornale di dir. amm.*, 2006, 749 ss.

<sup>7</sup> A. DI MAJO, *Se la P.a. si appropria* ..., cit.

<sup>8</sup> Con riferimento a tale ordinanza cfr. M. CLARICH, in *Il Sole-24 Ore*, 15 giugno 2006; V. CERULLI IRELLI, *Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite*, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

<sup>9</sup> A. DI MAJO, *Se la P.a. si appropria* ..., cit.

confermate dal c.d. diritto vivente e saranno idonee a consentire il superamento del contrasto giurisprudenziale a proposito dell'individuazione del giudice competente, con riferimento al quale numerosissimi sono i contributi della dottrina e i convegni dedicati all'argomento<sup>10</sup>.

Ma veramente qualcuno che conosca la storia del diritto italiano, con particolare riferimento al diritto processuale, può seriamente pensare che, a seguito di un'ordinanza elaborata forse a conclusione di incontri e di colloqui ai massimi vertici della giustizia italiana<sup>11</sup>, possa presto venir meno il conflitto tra i giudici ordinari e i giudici amministrativi caratterizzato, nella ricerca delle soluzioni più idonee per garantire la tutela giurisdizionale dei diritti dei cittadini, da numerosi episodi di concorrenza, talora anche sleale, tra le due magistrature?

A parte le critiche che può suscitare l'espedito di affidare ai vertici delle istituzioni giurisdizionali, anziché ai singoli giudici, la soluzione dei problemi interpretativi del diritto, un espedito a proposito del quale tornano alla memoria le giuste considerazioni di Mario Nigro, che poneva in rilievo i *vulnera* che possono venire alla indipendenza dei giudici da «tutti i meccanismi socio-giuridici riduttivi della sua libertà di decisione, come lo spirito di corpo, la giurisprudenza consolidata ecc.»<sup>12</sup>, occorre considerare le molte

---

<sup>10</sup> L'ultimo convegno di studio, in ordine di tempo, è quello svoltosi nella sala dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato il 22 giugno 2006 sul tema *Giudizio risarcitorio e giurisdizione (premesse normative e problematica attuale)*. Al dibattito, introdotto dal presidente del Consiglio di Stato, Alberto De Roberto, hanno partecipato come relatori Vincenzo Carbone, Alessandro Pajno, Massimo Salvatorelli, Filippo Satta e Giuseppe Abbamonte.

<sup>11</sup> È noto che, al fine di perseguire un difficile equilibrio sul riparto di giurisdizione, autorevoli "contatti" erano stati avviati dai vertici delle due magistrature, quella ordinaria e quella amministrativa, prima che si conoscessero le conclusioni accolte dalla corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004: cfr. corte di cassazione – consiglio di stato, *Relazione di sintesi dei lavori della commissione di studio istituita dai presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato per l'approfondimento dei problemi di maggiore rilievo in tema di riparto di giurisdizione*, in *Foro it.*, 2004, V, 18 ss.

<sup>12</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. CARDI e A. NIGRO, Bologna, il Mulino, 2000, 272. Uno dei "meccanismi" più pericolosi per l'indipendenza dei giudici è proprio quello consistente nel risolvere le questioni dell'applicazione del diritto vigente attraverso contatti e decisioni dei vertici delle magistrature. In proposito occorre ricordare quanto avvenne in occasione del "concordato giurisprudenziale", meglio definibile come "presidenziale", intervenuto nel 1929 tra Mariano D'Amelio e Santi Romano, vertici

perplessità che suscitano le soluzioni improvvisate con le quali si affronta il problema di soddisfare le esigenze di un cittadino che, come efficacemente ha osservato il primo presidente aggiunto della Corte di cassazione Vincenzo Carbone in un seminario di studio svoltosi al Consiglio di Stato il 22 giugno 2006, non deve essere costretto a «bussare a Capo di Ferro e a Piazza Cavour». Se è certo un obiettivo fondamentale quello di evitare che un cittadino sia costretto ad andare prima da un giudice e poi ad un altro, continuando naturalmente a pagare pesanti parcelle nei confronti del suo avvocato, suscita molti dubbi e perplessità che tale obiettivo possa raggiungersi senza un sia pur piccolo intervento legislativo di revisione costituzionale: condividere appassionatamente la nobile aspirazione ad adottare soluzioni giurisprudenziali di forte equilibrio e ad ottenere il risultato di una maggiore tutela del cittadino non significa che questo obiettivo, che da più di un secolo rappresenta il problema fondamentale della giustizia amministrativa italiana, possa essere esclusivamente affidato al dialogo costruttivo delle due giurisprudenze del giudice amministrativo e del giudice ordinario.

4. La dottrina e la giurisprudenza che per tanti anni, a proposito della lesione dei diritti e degli interessi dei privati, si sono impegnate nel tentativo di chiarire il significato di due aggettivi di incerta definizione, considerando, in una bibliografia sterminata, il problema della distinzione tra lesione *diretta* e *indiretta* delle situazioni giuridiche soggettive dei privati tutelate dall'ordinamento<sup>13</sup>, ora, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 191 del 2006, ancor più che dopo la sentenza n. 204 del 2004, dovranno proporsi di definire il significato dell'avverbio *mediatamente* e di valutare il valore da assegnare a

---

rispettivamente della magistratura ordinaria e di quella amministrativa [M. D'AMELIO e S. ROMANO, *I contatti giurisprudenziali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, 181 ss.]: un "concordato" che sancì la soluzione meno liberale del problema del riparto delle giurisdizioni: cfr. per tutti G. MIELE, *La giustizia amministrativa*, *Atti del congresso celebrativo delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, Neri Pozza, 1968, 26 ss.; F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 1999, 2212 ss. e in F. LEDDA., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 511 ss., spec. 514.

<sup>13</sup> In proposito può consultarsi la bibliografia riportata in S. LARICCIA, *Diritto amministrativo*<sup>2</sup>, II, Padova, Cedam, 2006, 430 ss.

tale espressione, considerando che, come ha osservato uno dei primi commentatori della sentenza medesima<sup>14</sup>, tale espressione, riproposta anche nel dispositivo della disposizione di illegittimità costituzionale, sta a «descrivere il livello minimo essenziale di relazione col potere amministrativo che deve sussistere per giustificare, in base all'interpretazione della Corte costituzionale, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo»<sup>15</sup>.

Nel leggere la nuova sentenza della Corte costituzionale in tema di giurisdizione del giudice amministrativo, mi sono tornate alla memoria, a distanza di quarantacinque anni da quando le avevo lette, le parole di Arturo Carlo Jemolo<sup>16</sup>, che nel 1961, all'età di settant'anni, con l'esperienza di un grande avvocato di diritto amministrativo, oltre che di un appassionato studioso di storia e di diritto<sup>17</sup>, scriveva: «Ogni giudice ed ogni avvocato italiano, ogni pratico del diritto, si trova periodicamente di fronte ad una difficoltà, direi ad un assillo, coevo a Betti ed a me: nato quando noi nascevamo: quello di sapere se si debba adire il giudice dei diritti subiettivi, il giudice ordinario cioè, oppure il giudice degli interessi legittimi, ossia l'organo della giustizia amministrativa. [...] il giurista non di rado non trova risposta al suo dubbio in alcun testo di legge, ma [...] la risposta occorre attingerla alla coscienza sociale. [...] L'assillo di trovare il criterio distintivo tra il diritto e l'interesse, di sapere quando adire il giudice dei diritti e quello degli interessi, la generazione di Betti e mia l'ha ricevuto in

---

<sup>14</sup> Cfr. A. TRAVI, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazione senza titolo dell'amministrazione*, in *Foro it.*, I, 2006, 1625 ss.

<sup>15</sup> A. TRAVI, *Principi costituzionali*, cit, 1629, il quale giustamente osserva che comunque le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale riguardano solo le condizioni «minime» perché il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, possa introdurre un'ipotesi di giurisdizione esclusiva: una volta rispettate queste condizioni, l'ultima parola in materia di giurisdizione spetta alla Cassazione, in applicazione dell'art. 111 Cost.

<sup>16</sup> Roma 1891-1981. Professore di diritto ecclesiastico, autore di numerosissime pubblicazioni di diritto pubblico e privato e di storia, per la cui indicazione rinvio a S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico italiano. Bibliografia 1929-1971*, Milano, Giuffè, 1974; Id., *Diritto ecclesiastico italiano e comparato. Bibliografia 1973-1979*, Perugia-Firenze, Università di Perugia-Licosa, 1981; Id., *Diritto ecclesiastico*, III ed., Padova, Cedam, 1986; Id., *Diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, 793; Id., nel sito [www.sergiojariccia.it](http://www.sergiojariccia.it)

<sup>17</sup> Come dimenticare i suoi saggi pubblicati nel volume *Gli occhiali del giurista*, 2 volumi, Padova, Cedam, 1970 e 1985.

eredità da quella dei nostri maestri; e lo trasmette, sostanzialmente immutato, a quella degli allievi. Non mi stupirei che tra una generazione il discorso venisse ancora ripetuto»<sup>18</sup>.

Aveva ragione Jemolo a prevedere che l'assillo avvertito dagli studiosi della sua generazione, ricevuto in eredità dalla generazione dei suoi maestri, sarebbe stato anche l'assillo delle generazioni successive: e tuttavia, giunto ormai anch'io all'età che aveva il professore Jemolo, a me tanto caro, nel 1961, quando faceva tale previsione, non riesco a condividere il giudizio da lui espresso a conclusione del suo saggio, quando osserva: «Il tormento dello studioso che non riesce mai ad adeguare interamente la realtà in quelle figure ch'egli ha creato, è al tempo stesso la nobiltà del suo compito»<sup>19</sup>.

Ed infatti, pur convinto della nobiltà del compito svolto dai giuristi, non riesco tuttavia a rassegnarmi all'idea che neppure gli studiosi della mia generazione siano riusciti a raggiungere l'obiettivo del superamento di una distinzione, quella tra diritti soggettivi ed interessi legittimi nel sistema della giustizia amministrativa italiana, che aveva una sua giustificazione quando ci si proponeva di rendere più vantaggiosa la posizione dell'amministrazione nei confronti dei soggetti destinatari dell'azione amministrativa, coloro che erano soggetti alla sua azione e che proprio per questa loro condizione di soggezione venivano considerati e definiti i "sudditi": si trattava di una distinzione che aveva un suo preciso significato e una sua particolare funzione in uno Stato che era considerato il principale destinatario della protezione accordata dall'ordinamento, secondo la concezione di Oreste Ranelletti, al quale, sin dal 1905, si deve la definizione di "interesse pubblico" come l'interesse facente capo alla persona giuridica dello Stato<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> A.C. JEMOLO, *Il giudice dei diritti ed il giudice degli interessi*, in *Arch. giur.*, CLXI, 1961, 3 ss., spec. 4 e 22.

<sup>19</sup> A.C. JEMOLO, *Il giudice dei diritti ed il giudice degli interessi*, cit., 22.

<sup>20</sup> O. RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto*, Prolusione al corso di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione presso la regia università di Pavia, in *Riv. it. scienze giur.*, 1905, 337 ss., che definiva il diritto amministrativo «il diritto dell'amministrazione dello Stato, quindi dell'organizzazione amministrativa dello Stato, della sua funzione amministrativa, dei rapporti, quindi dei diritti e doveri reciproci, che ne derivano fra lo Stato e i sudditi».

La medesima distinzione non può evidentemente avere lo stesso significato in un ordinamento che, in applicazione dei principi e dei valori accolti dalla Carta costituzionale del 1948, si proponga di considerare la persona umana come il principale protagonista della vita sociale e giuridica e che, nei rapporti tra i cittadini e i pubblici poteri, intenda realizzare forme di tutela sempre più accentuata nei confronti dei cittadini medesimi. In questa prospettiva, a me sembra che la distinzione fra le due situazioni giuridiche soggettive diritti soggettivi/interessi legittimi non sia una distinzione utile per garantire la protezione dei cittadini nei confronti dell'esercizio dell'azione amministrativa: sia al contrario una distinzione che, nella coscienza sociale, si configura ormai come una distinzione *datata*, se così si può dire, legata cioè ad un periodo storico in cui gli obiettivi dell'ordinamento erano profondamente diversi rispetto a quelli dell'ordinamento attuale, che esige, in applicazione dei nuovi valori costituzionali (nuovi però da quasi ... sessant'anni!), forme di tutela dei cittadini diverse rispetto a quelle previste nel passato<sup>21</sup>.

Le manifestazioni di “gara” e di “concorrenza” tra i giudici ordinari e i giudici amministrativi che hanno caratterizzato per più di un secolo il contrasto tra i giudici ai quali sono affidati i compiti della giustizia amministrativa italiana sono destinate ad accentuarsi e a trovare una forte accelerazione dopo che, con il decisivo contributo del legislatore (approvazione del d.lgs. n. 80 del 1998 e dalla l. n. 205 del 2000) e della Corte costituzionale (responsabile per le sue incertezze nei giudizi di costituzionalità riguardanti la materia della definizione degli ambiti della giurisdizione ordinaria e amministrativa<sup>22</sup>), sempre

---

<sup>21</sup> In questa valutazione comunque non vi è soltanto il riferimento ai principi costituzionali: c'è anche la considerazione dell'importanza che assumono i nuovi valori che si deducono dal diritto comunitario e dal diritto comparato.

<sup>22</sup> La Corte costituzionale, prima della sentenza n. 204 del 2004, aveva rinunciato a indicare i limiti posti alla “discrezionalità” del legislatore ordinario e in più occasioni aveva indotto a ritenere che il legislatore ordinario fosse sostanzialmente “libero” di ripartire le varie controversie tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo: cfr. le sentenze n. 47 del 1976, in questa *Rivista*, 1976, I, 362 ss., 43 del 1977, *ivi*, 1977, I, 159 ss., 140 del 1980, *ivi*, 1980, I, 1161 ss., 62 del 1996, *ivi*, 1996, 623 ss., 275 del 2001, *ivi*, 2001, 2306 ss., con nota di P. CHIRULLI, 2315 ss. e le ordinanze n. 414 del 2001 *ivi*, 2001, 3967 ss. e 161 del 2002 *ivi*, 2002, 1367 ss.; ancora di recente, con l'ordinanza n. 439 del 2002 (*ivi*, 2002, 3609 ss.), la Corte ha sottolineato: «questa Corte ha ripetutamente

più indefiniti sono i confini tra le giurisdizioni del giudice ordinario e del giudice amministrativo. Come si legge nell'amara conclusione di un interessante saggio sul comportamento materiale della pubblica amministrazione, «Sono passati trent'anni di riforme, sentenze più o meno storiche, ed eccoci ancora qua»<sup>23</sup>.

Ho parlato di utilità/inutilità della distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi e della differente protezione che il sistema italiano di giustizia prevedeva nel passato e prevede oggi, perché a mio avviso deve ritenersi tuttora valida l'osservazione che, con riferimento alle varie distinzioni operate dai giuristi, faceva uno studioso come Piero Calamandrei (ebbene sì, ancora una citazione di uno studioso del secolo scorso!)<sup>24</sup>, quando scriveva, in un saggio che meriterebbe di essere letto anche oggi: «i giuristi sono noti per le sottigliezze delle loro distinzioni e classificazioni, e tuttavia, nei confronti di ogni distinzione, occorre pur sempre proporsi di precisare se una

---

affermato che resta rimesso alla scelta discrezionale (con i consueti limiti della non manifesta irragionevolezza e palese arbitrarietà) del legislatore ordinario – suscettibile di modificazioni in relazione ad una nuova valutazione delle esigenze di giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti sostanziali – ripartire la giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, a seconda della tipologia e del contenuto dell'atto oggetto di tutela giurisdizionale, conferendo anche un potere di annullamento con gli effetti previsti dalla legge».

<sup>23</sup> R. PROSPERI, *Alla ricerca del comportamento materiale e del suo giudice*, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

<sup>24</sup> Firenze 21.4.1889 - 27.9.1956. Giurista e politico, professore di diritto processuale civile, fu tra i fondatori del partito d'azione e tra i maggiori studiosi di diritto processuale civile; preparò, con Francesco Carnelutti, il codice di procedura civile del 1942; come membro dell'Assemblea costituente fu uno degli artefici della costituzione, alla quale dedicò molti importanti studi; di particolare rilievo il suo impegno per l'attuazione della Costituzione; dal 1945 alla morte diresse la rivista *Il Ponte*, presente, da più di cinquant'anni, in tutte le battaglie progressiste del paese; i suoi scritti giuridici sono raccolti nei nove volumi di *Opere giuridiche* pubblicati dalla casa editrice Morano di Napoli. Su Piero Calamandrei cfr. le belle pagine di N. BOBBIO, *Piero Calamandrei*, in *Italia civile*, Firenze, Passigli, 1986, 210 ss. e P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana. 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, spec. 142 ss.; *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, a cura di Paolo Barile, Milano, Giuffrè, 1990; P. CALVINO, in M. STOLLEIS, *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert. Herausgegeben von Michael Stolleis*, München, Verlag C.M. Beck, 1995, M. GALIZIA, *Esperienza giuridica, libertà costituzionale. Ricordi di Giuseppe Capograssi, maestro di diritto e di cattolicesimo liberale*, in *Il Politico*, 2003, n. 3, 381 ss.

distinzione, al di là della sua validità logica, sia utile e necessaria per garantire determinati interessi e per ottenere specifici obiettivi e risultati pratici»<sup>25</sup>.

Anche le distinzioni tra i concetti giuridici, come del resto quasi tutte le nozioni delle quali si avvale il giurista, hanno una loro validità storica e sono relative a un determinato ordinamento giuridico: esse quindi possono, anzi devono cambiare, e possono (devono) pure cambiare le conclusioni che si traggono a proposito della loro validità, se mutano gli obiettivi che, via via nel tempo, sono ritenuti rilevanti dall'ordinamento.

Convinto come sono che un non addetto ai lavori molto spesso riesce ad arrivare al cuore delle cose con una semplicità e una immediatezza più ardue per chi abbia indagato tutti i possibili aspetti di un problema, e anche se provo un'istintiva avversione, o comunque una forte diffidenza, per ogni tipo di sondaggio inteso a valutare gli orientamenti dell'opinione pubblica, mi piacerebbe, ricordando quanta fiducia riponeva giustamente Jemolo nel richiamo alla coscienza sociale, che si proponesse un sondaggio, riservato ai "non addetti ai lavori", per verificare quale sia il grado di comprensione di una distinzione, qual è quella proposta dai giudici costituzionali, fra i comportamenti amministrativi riconducibili o non riconducibili, «neppure mediamente», all'esercizio di un pubblico potere.

In conclusione, vi sono a mio avviso giustificate ragioni per riaprire la discussione sulla soluzione dell'unità della giurisdizione, con l'attribuzione della piena giurisdizione ad un unico giudice, in modo che il ricorrente, imboccata una via giurisdizionale, possa andare sino in fondo ed ottenere giustizia in tempi ragionevoli<sup>26</sup>.

A proposito della scelta del giudice più idoneo a garantire le esigenze di una giustizia amministrativa corrispondente alle aspettative della collettività<sup>27</sup>, è noto che i giudici amministrativi, anche per la

---

<sup>25</sup> P. CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, 53 ss., ristampato in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, I, Napoli 1965, 456 ss., spec. 472.

<sup>26</sup> Interessanti considerazioni si leggono nel recente saggio di M. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, pubblicato in ASTRID, *Rassegna* n. 35 del 2006.

<sup>27</sup> Per la tesi della giurisdizione del giudice ordinario cfr., più di vent'anni fa, U.

loro particolare origine storica, si presentano assai spesso come organi ibridi, a metà tra giurisdizione e amministrazione. Dalla particolare vicinanza di questi giudici al complesso governo-amministrazione deriva che la questione della loro indipendenza sia principalmente una questione di rapporti con il governo-amministrazione (il c.d. potere esecutivo)<sup>28</sup>.

Se è indiscutibile il ruolo fondamentale svolto dalla giurisdizione amministrativa, la ragione “attuale” di una giurisdizione speciale deve però essere misurata con le concezioni attuali della tutela giurisdizionale e con le esigenze attuali del cittadino. A mio avviso la tendenza verso un giudice unico in grado di unificare l’attività del giudice civile e quella del giudice amministrativo è espressione di un principio che deve essere guardato con favore<sup>29</sup>: la previsione di un’unica magistratura, che, per la giustizia amministrativa italiana, svolga tutta la stessa attività giurisdizionale, è un risultato che merita di essere perseguito poiché si sono ormai realizzate le condizioni per quel superamento della giurisdizione speciale che Federico Cammeo, poco meno di cento anni fa, indicava come obiettivo di un futuro in cui il diritto amministrativo avesse raggiunto la sua maturità<sup>30</sup>.

Dopo le sentenze della corte costituzionale n. 224 del 2004 e 191 del 2006 sul problema del riparto delle giurisdizioni, vi sono motivi ancora più fondati rispetto al passato per procedere speditamente verso il superamento, previa modifica delle disposizioni costituzionali che la prevedono, di una distinzione, quella di tutela degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi, che è prevista nella costituzione ma non ha più una sua giustificazione e merita dunque di essere abbandonata.

ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, 205 ss., spec. 219. Cfr. anche S. LARICCIA, *Diritto amministrativo*, II, cit., 152.

<sup>28</sup> Sul problema della indipendenza del giudice amministrativo cfr., anche per ulteriori riferimenti, S. LARICCIA, *Limiti costituzionali alla «discrezionalità» del legislatore ordinario*, cit., 2228 s., ID., *Diritto amministrativo*, II, cit., 94 ss. e, di recente, S. PANUNZIO, *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, in *Il ruolo della giustizia amministrativa nello Stato democratico*, a cura di V. PARISIO, Milano, 1997, 71 ss. R. ALESSE, *L'imparzialità del giudice amministrativo nel pensiero di Sergio Panunzio*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 557 ss.

<sup>29</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit.

<sup>30</sup> F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d. (ma 1910), 318 ss., spec. 327; v. anche A. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione*, cit., 220.

## *Un ricordo di Sergio Panunzio\**

Ti ringrazio, Sergio, per avermi dato la parola, per un breve intervento.

Gli amici e i colleghi che hanno parlato sinora hanno usato espressioni di grande efficacia, pronunciando parole assai significative per ricordare il caro Sergio Panunzio. Ho chiesto di potere intervenire ricordando l'abitudine che avevamo acquisito in tanti venerdì degli ultimi anni (anche oggi è venerdì), nell'accogliere le cortesi sollecitazioni di Sergio Panunzio, quando presiedeva i tanti seminari che si sono svolti nell'aula XV della LUISS, ai quali abbiamo partecipato insieme.

Ho conosciuto Sergio Panunzio a Perugia a metà degli anni '70: io provenivo dall'Università di Cagliari, dove avevo insegnato dal 1970 al 1974, e con Sergio ci siamo incontrati nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia e per un lungo periodo abbiamo insegnato io il *Diritto ecclesiastico* e lui il *Diritto costituzionale*; da allora è nata un'amicizia che si è protratta fino alla data della sua morte. Una lunga amicizia, fatta di tante occasioni di lavoro comune, di tanti incontri, sempre affettuosi, talora collegati a esperienze dolorose della nostra vita, e di tante, tantissime telefonate. Ricordo la grande facilità con la quale potevo ottenere ascolto da Sergio Panunzio; quando telefonavo al suo studio; come molti colleghi certamente sanno, quando si telefona a un amico che è anche un avvocato e che lavora dunque in uno studio professionale, si teme sempre di disturbare, in quanto si sa bene che la telefonata può coincidere con un incontro con un cliente o con un colloquio professionale che si sta svolgendo nello studio, e

---

\* Intervento in occasione della presentazione del volume di S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, organizzata dal prof. F. CERRONE presso la Sala del Refettorio della Camera dei deputati il 10 marzo 2006. Presiedeva la riunione il prof. S. STAMMATI; tre le relazioni, di G. BARBAGALLO, C. PINELLI e V. ZAGREBELSKY, poi pubblicate in appendice al volume *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, a cura di F. CERRONE e M. VOLPI, Napoli, Jovene, 2007, pp. 651-55, 657-61 e 663-71.

quindi si ha la piena consapevolezza che, in ogni caso, la telefonata deve essere molto breve per non risultare sgradita. A proposito delle telefonate, devo dire che, negli ultimi decenni (parlo dunque di un'esperienza di un lungo periodo), mai come con Sergio Pannunzio, sia quando telefonava lui, sia quando telefonavo io, ho potuto avvertire la stessa apertura, la stessa facilità di dialogo, la stessa attenzione per i particolari del nostro colloquio telefonico, in una sollecitazione a confidarsi che poteva nascere da un'occasione qualunque: un motivo di salute, un dubbio sorto in occasione di una ricerca scientifica, una valutazione di opportunità legata al nostro lavoro comune o alla nostra vita personale e familiare. E questo lo voglio qui ricordare perché credo che consenta a molti dei presenti di confermare un'impressione che molti tra noi abbiamo potuto sperimentare.

E poi le occasioni dei nostri incontri nello svolgimento dei seminari che si svolgevano alla LUISS, che rimarranno sempre incancellabili nella mia memoria e che sono stati ricordati da coloro che hanno parlato prima di me, incontri nei quali, grazie all'atteggiamento di Sergio Panunzio, vi era uno spirito di amicizia e di collaborazione che è assai raro constatare in occasione delle riunioni di questo genere: qualcuno ha parlato poco fa di uno spirito particolare che caratterizza tutta la sua attività scientifica. Nelle varie occasioni nelle quali si dibattevano i problemi dibattuti nei seminari della LUISS, si formava un clima di spontaneità e di informalità, che rendeva a tutti più facile ritenere che ciascuno potesse contribuire al migliore approfondimento degli argomenti in discussione. Prima Giuseppe Barbagallo ricordava il lavoro della ricercatrice Dott. Di Martino, uno dei tanti giovani che hanno contribuito al lavoro dei seminari e al successo dei seminari stessi. Ricordo la determinazione e l'impegno con i quali Sergio Panunzio si proponeva di stimolare gli interventi dei più giovani, era sinceramente contento per la loro partecipazione al dibattito e cercava in ogni modo di favorire un dialogo tra le opinioni espresse da persone appartenenti alla mia generazione e da persone più giovani, capaci di offrire un decisivo apporto per la migliore valutazione dei vari aspetti dei problemi considerati.

Con questo mio intervento voglio qui ribadire i miei sentimenti di gratitudine per il mio amico Sergio Panunzio e di rimpianto per quanto lui è riuscito a creare nei nostri rapporti e nei confronti di tanti tra coloro che sono qui presenti. Grazie.

## *Intervento a un convegno dell'ANDU\**

Sono Sergio Lariccia, insegno *diritto amministrativo* nella facoltà di scienze politiche dell'Università di Roma "La Sapienza". Sono quarantaquattro anni che svolgo le funzioni di docente nell'università: per la precisione, dopo essermi laureato nel 1957 nella facoltà di giurisprudenza di questa Università, ho insegnato per ventidue anni in facoltà di giurisprudenza, a Modena, Cagliari, Urbino e Perugia, e, nei successive ventidue anni, dal 1984 ad oggi, nella facoltà di scienze politiche della "Sapienza".

Ho partecipato, nel secolo scorso, ai lavori della Commissione presieduta da Guido Martinotti: ero l'unico giurista in quella commissione e provo un sentimento di soddisfazione per il lavoro svolto e per il contributo che ho potuto avere, nel periodo di circa sei mesi, nell'incontro di esperienze con colleghi docenti di discipline molto diverse rispetto alla mia, tutti impegnati con passione e dedizione nel tentativo di contribuire al miglioramento delle istituzioni universitarie e alla modifica di un sistema normativo e amministrativo che tutti allora, in quella commissione, ritenevamo, a mio avviso giustamente, indifendibile. L'età media dei laureati era quella di 28.1 anni e più di un terzo degli iscritti all'università abbandonavano gli studi (e non sono d'accordo con quanto ha detto poco fa il collega Mattioli, quando ha affermato nel suo intervento che il problema dell'abbandono universitario sia un problema che non meriti attenzione da parte del legislatore e del governo).

La Commissione Martinotti ha impostato il suo lavoro partendo dal presupposto che il sistema dell'autonomia dovesse essere considerato e disciplinato proponendosi di diffondere la convinzione che i professori non possono, per esempio, richiamarsi alla loro libertà di insegnamento, per stabilire i loro programmi in modo del tutto svincolato dalle esigenze che si pongono per un equilibrato rapporto con i programmi stabiliti dagli altri colleghi.

---

\* Presso la Sapienza università di Roma, luglio 2006.

Ricordo con esattezza un incontro che, quando già i nostri lavori erano a buon punto, i componenti della commissione ebbero con il prof. Luciano Guerzoni, sottosegretario del ministero dell'università, e con il ministro Luigi Berlinguer, che ci aveva informato del suo desiderio di farci alcune comunicazioni; in quell'incontro il ministro ci informò che la settimana precedente aveva avuto luogo, alla Sorbona, a Parigi, una riunione alla quale avevano partecipato i ministri dell'istruzione universitaria di Inghilterra, Francia, Germania e Italia e nella quale si era concordato un programma inteso a perseguire l'obiettivo di ottenere un minimo di uniformità del sistema universitario in Europa, con la previsione di un duplice ciclo di studi universitari: un primo ciclo, che si doveva concludere con la *Laurea*, seguito da un secondo (eventuale) ciclo di insegnamento specialistico. Ricordo che prendemmo la parola io e la collega Bianca Tedeschini Lalli, che allora svolgeva le funzioni di rettore dell'università di Roma Tre, ed esprimemmo il nostro dissenso sulla decisione di prevedere una separazione dello studio universitario in due cicli successivi e distinti: ci fecero notare che l'esigenza di inserimento dei laureati nel mondo del lavoro del mercato europeo richiedeva alcune condizioni capaci di evitare la situazione per la quale gli studenti delle università inglesi, francesi e tedesche si laureavano mediamente all'età di ventidue, ventitre e ventiquattro anni, mentre per gli studenti italiani l'età media di laurea era, come già detto, di 28,1 anni. In particolare la mia obiezione nasceva dalla convinzione, poi confermata da quanto è realmente avvenuto, che i presidi delle facoltà di giurisprudenza non avrebbero mai accettato una distinzione in due cicli universitari distinti e che la posizione dei presidi delle facoltà di giurisprudenza ha sempre un peso notevole negli orientamenti dei vari senati accademici. È noto che le facoltà di giurisprudenza si sono poi ... *sfilate* dalla previsione generale del c.d. 3+2: per lo meno questa è la situazione che sembra essersi ormai consolidata, anche se poco fa il collega Giunio Luzzatto mi ha informato di avere appreso, dalla lettura di un recente fascicolo della rivista *Universitas*, che tuttora vi è un contrasto di opinioni, per esempio, fra il preside della Facoltà giuridica di Roma, prof. Carlo Angelici, e il preside della facoltà giuridica di Milano statale, prof. Vincenzo Ferrari. Ritengo un'ottima iniziativa quella di organizzare l'incontro di questa mattina con il proposito di affrontare i molti problemi che pone l'organizzazione degli studi

delle nostre università sulla base del sistema di due cicli, il sistema del 3+2. Si pone però, preliminarmente, la questione di valutare se questa occasione di incontro sia tempestiva o tardiva: devo dire che, come tutti sappiamo, in ogni questione della nostra vita quotidiana, il tempo assume una grande importanza; la mia esperienza di undici anni di esercizio dell'attività di giudice mi ha fatto comprendere quanta importanza assuma il tempo nella giustizia, convinto come sono che i tempi eccessivi della giustizia italiana comportano la conseguenza che in realtà il sistema italiano è un sistema di ingiustizia e non certo di giustizia; lo studio del diritto amministrativo pone spesso l'esigenza di valutare quanti danni produca per i cittadini un ritardo nello svolgimento dell'azione amministrativa. Ora noi parliamo oggi di un sistema universitario che è stato impostato quasi dieci anni fa; un sistema, giusto o ingiusto, sul quale hanno fatto comunque affidamento molte centinaia di migliaia di giovani che hanno conseguito le lauree triennali, che si sono iscritti alle lauree magistrali, un sistema dunque che è stato approvato dal legislatore molti anni fa ed ha ricevuto ormai per molti anni un'estesa applicazione. Sono dunque portato a ritenere che si tratti di un'iniziativa opportuna ma tardiva.

Comunque, nella sintesi resa necessaria dalla brevità di un intervento di dieci minuti, così come previsto dal presidente di questa riunione, vorrei ricordare che la commissione presieduta da Guido Martinotti aveva concluso i suoi lavori stabilendo alcuni punti fondamentali, tra i quali vorrei qui ricordare i seguenti: 1. *il principio di priorità dell'apprendimento sull'insegnamento*; 2. *il principio di generalità dell'intervento per le varie facoltà*; 3. *il principio di centralità del sistema della valutazione*.

Il primo principio si fondava sulla convinzione che troppo spesso, in nome di una inaccettabile concezione della libertà di insegnamento, i professori italiani non sono riusciti a comprendere e a soddisfare le fondamentali esigenze di studio dei loro studenti, per i quali sono stati assai spesso stabiliti programmi di studio, per il superamento degli esami, che rendevano inevitabile un forte ritardo nella conclusione dei loro studi e rendevano vano ogni loro tentativo di laurearsi in un periodo di tempo corrispondente a quello formalmente previsto per la durata del corso di studi (per esempio, quattro anni per la laurea in giurisprudenza); questa tendenza si è andata aggravando con il passare del tempo, se si considera quanto è avvenuto dopo la previ-

sione dei due cicli di studio, quando, in quasi tutte le facoltà, per la laurea triennale è stato previsto un numero di esami molto superiore rispetto a quello stabilito in precedenza per il conseguimento della laurea ... quadriennale.

La libertà di insegnamento, garantita nella costituzione con la formula contenuta nel primo comma dell'art. 33 cost.: - *L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento* - non riguarda soltanto le università, è una libertà che, con riferimento a tutta la vita scolastica ed accademica, riguarda le scuole di ogni ordine e grado. Sulla libertà di insegnamento c'è una produzione scientifica vastissima, come fanno tutti coloro che partecipano a questo incontro, nella quale si sono distinti, nell'intento di approfondire i temi della libertà di insegnamento e dei limiti a tale libertà, gli studiosi del diritto costituzionale e del diritto amministrativo. A distanza di quarantacinque anni da quando è stato pubblicato, ricordo ancora il saggio su *Insegnamento, istruzione, scuola* di Umberto Pototschnig, pubblicato sulla rivista *Giurisprudenza costituzionale* del 1961 e poi edito lo stesso anno come libro autonomo dalla casa editrice Giuffrè; si tratta di un libretto, piccolo per dimensioni, ma di grande rilievo culturale, di un maestro del diritto amministrativo al quale va la gratitudine degli studiosi della mia generazione, per l'approfondimento di temi di grande valore culturale. Umberto Pototschnig ha poi scritto due voci fondamentali in questa materia, nei volumi XXI e XIII dell'*Enciclopedia del diritto: Insegnamento (libertà di)* e *Istruzione (diritto alla)*.

Uno degli aspetti fondamentali della libertà di insegnamento è quello consistente nel precisare i limiti alla libertà di insegnamento. Nella costituzione italiana non è previsto alcun limite espresso, in quanto non è stata adottata la soluzione, accolta per esempio in Germania con la costituzione tedesca del 1949, di prevedere espressamente l'esigenza di rispetto dei principi fondanti della costituzione, dei valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale. E tuttavia sussistono limiti alla libertà di insegnamento in quanto questa deve ritenersi una libertà "funzionale": la libertà di insegnamento non costituisce una libertà "personalissima", non è dunque una libertà garantita ad un soggetto per soddisfare l'interesse del suo titolare; siamo in presenza di una libertà diversa rispetto ad altre libertà costituzionali, per esempio, la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di riunione, la libertà

di religione; la libertà di insegnamento è una libertà garantita a chi ne è titolare per soddisfare gli interessi dei destinatari dell'attività di insegnamento: è cioè una libertà garantita ai professori per soddisfare gli interessi degli allievi, degli studenti, dei partecipanti ai corsi di insegnamento nei quali il professore svolge la sua funzione di docente. Ora, è abbastanza noto a chi ha avuto un'esperienza di cariche accademiche, così come del resto a chi conosce la vita della scuola, e naturalmente a chi lavora nell'associazione nazionale dei docenti universitari, che, nella prassi quotidiana, nella vita di ogni giorno delle scuole e delle università, la libertà di insegnamento viene intesa dai professori universitari in senso *autoreferenziale*: essa assume assai spesso un significato che impedisce di cogliere il senso reale di una libertà che viene assicurata ai professori non per soddisfare le loro esigenze personali ma gli interessi degli allievi, che hanno il diritto di trovarsi in un rapporto di insegnamento/apprendimento con docenti titolari della libertà di insegnamento, con docenti liberi di insegnare per potere meglio soddisfare gli interessi dei loro studenti.

Occorre riconoscere, io credo, che ai temi della didattica i professori non si appassionano molto. È significativo constatare che in fondo siamo *quattro gatti* ad ascoltare qui le riflessioni riguardanti un tema tanto importante qual è quello considerato in questa giornata. A mio avviso, molte delle ragioni del fallimento dell'idea di università negli ultimi cinquant'anni, sono dovute alla concezione che i professori continuano ad avere della libertà di insegnamento, nell'esercizio dei compiti che essi svolgono nella vita quotidiana delle università: in proposito le indicazioni della commissione Martinotti sono tuttora di particolare attualità e richiedono un forte impegno per la loro attuazione.

A proposito del secondo punto, relativo alla generalità dell'intervento, esteso a tutte le facoltà universitarie, con le due uniche eccezioni di medicina e di architettura, ho già ricordato il tentativo dei presidi delle facoltà di giurisprudenza di ottenere per loro, e soltanto per loro, una previsione differenziata: credo che si tratti di un errore di strategia, ma è certo che qui siamo in presenza di una politica universitaria collegata a molti problemi di particolare difficoltà e complessità, quali sono quelli riguardanti la formazione dei professionisti della giustizia.

Per quanto infine attiene al tema della valutazione, credo si possa tutti convenire che assuma oggi una grande importanza il problema

dell'individuazione dei migliori metodi di valutazione dell'attività didattica e scientifica dei professori universitari e dell'opposizione nei confronti delle forti tendenze che assai spesso portano a un rifiuto della valutazione; se si ritiene che occorra contrastare le tendenze all'*autoreferenzialità* che caratterizzano la parte maggiore del mondo accademico in Italia penso sia necessario impostare il problema della valutazione delle attività universitarie affidando i relativi compiti a soggetti terzi ed imparziali.

Concludo questo mio intervento ricordando che anche la riforma universitaria è contenuta in una legge: ora le leggi, fino a quando non vengono modificate, vanno rispettate ed attuate. Certo c'è un diritto di resistenza per le leggi ingiuste, ma nella maggior parte dei casi si pone un'esigenza di impegnativa applicazione delle leggi, e dunque anche delle leggi che prevedono riforme del sistema normativo precedentemente vigente: vorrei qui ricordare, chiedendo scusa per questa osservazione autobiografica, che, nei mesi scorsi, sono stato anch'io protagonista di un'appassionata battaglia per favorire un voto referendario negativo a proposito della riforma della costituzione del 1948, una costituzione per la quale manca ancora una completa e soddisfacente attuazione; il 15 novembre 2005 non era stata approvata una nuova costituzione ma un insano e pasticciato progetto di riforma e si rendeva necessario evitare che venisse sacrificata la prioritaria esigenza di rispetto delle fondamentali garanzie costituzionali approvate nel 1948.

Per quanto riguarda il tema in discussione questa mattina, penso che sia troppo tardi per modificare in modo approfondito il sistema impostato sulla base della previsione di un duplice ciclo universitario e che, non essendo state avviate tempestivamente le iniziative intese a contestare quel sistema, ci si debba ora proporre di lavorare nelle nostre facoltà per la migliore applicazione di una riforma che da molti anni è stata approvata ed è entrata in vigore.

## *Un utile contributo alla cultura della laicità\**

Ancora un volume sulla laicità? La domanda che spesso ci si pone quando in una libreria si consultano i numerosi libri, di piccola e di grande dimensione, e le molte riviste che contengono capitoli e articoli riguardanti il tema della laicità in Italia e nel mondo, può trovare una risposta positiva soltanto se si riesce a individuare, leggendo i testi, un filone di ricerca capace di offrire una giustificazione per la pubblicazione di tali capitoli ed articoli, nel vasto panorama editoriale dei giorni d'oggi.

Credo che la risposta alla domanda possa essere senz'altro positiva per il volume per il quale ho accolto con piacere l'invito a scrivere una breve prefazione. Chi conosce l'autore, sa bene con quanta tenacia e con quali capacità abbia sempre lavorato Marcello Vigli per offrire un valido contributo alla valutazione di tanti problemi collegati al difficile e importante tema della laicità: un argomento strettamente connesso con molti altri temi studiati da varie discipline, da quelle storiche e teologiche a quelle giuridiche, sociologiche, psicologiche ecc.; e che riguarda in particolare la storia delle idee, delle istituzioni, delle costituzioni e del pensiero giuridico e filosofico, il diritto italiano e comparato e il diritto europeo.

L'espressione *laicità* è un'espressione dai mille sensi e significati e non ne esistono definizioni o acquisizioni definitive, se si escludono i consueti riferimenti alla prassi del *confronto* e alla reciproca preliminare disposizione all'ascolto, al riconoscimento permanente delle differenze e alla finalità *inclusiva dell'altro* nel duplice contesto dell'*eguaglianza* e della *diversità*.

Nel linguaggio politico contemporaneo, il laicismo si contrappone al confessionalismo, al clericalismo e al fondamentalismo, secondo i quali, con differenze e analogie nell'uso delle tre espressioni, le

---

\* Prefazione a M. VIGLI, *Contaminazioni. Un percorso di laicità fuori dai templi delle ideologie e delle religioni*, Prefazione di S. LARICCIA, Bari, Dedalo, 2006, pp. 5-8.

istituzioni politiche devono essere collegate al rispetto obbligatorio per tutti dei principi religiosi della chiesa dominante. Il pensiero e l'atteggiamento di quanti si professano laici riconoscono nella separazione tra la sfera pubblica della politica e la sfera privata della vita religiosa una condizione necessaria per la dignità dell'uomo e per il libero esplicarsi di tutte le sue capacità. Il laicismo deve dunque ritenersi un orientamento tendenzialmente individualista e razionalista, con un riferimento tuttavia più ampio e comprensivo rispetto a quello della tematica religiosa, potendosi esso ritenere una concezione della cultura e della vita civile basata sulla *tolleranza* delle credenze di tutti e sul *rifiuto del dogmatismo* in ogni settore della vita sociale.

La valutazione storica del significato che hanno assunto i termini di laicità e di laicismo nel corso della storia si connette al tema della laicità nel contesto europeo. È nota la vivacità del dibattito riguardante la necessità o meno che nel preambolo della costituzione europea approvata il 19 giugno 2004 figurasse il richiamo alle radici cristiane – secondo alcuni giudaico-cristiane – dell'Europa. La convenzione europea aveva trovato un ragionevole compromesso sull'argomento, limitandosi soltanto a fare riferimento ai valori “culturali, religiosi ed umanistici dell'Europa”: non soltanto vi erano molte ragioni che inducevano a ritenere che la sola inclusione delle radici cristiane avrebbe ingiustamente escluso aspetti altrettanto importanti che meritavano di essere menzionati, determinando così un grave squilibrio nella stessa immagine culturale del continente, ma vi era anche l'esigenza prioritaria di mantenere il *principio di laicità*, uno dei più apprezzabili aspetti della cultura europea rispetto alle culture che non sono ancora riuscite a separare i precetti divini dalle leggi umane.

Sempre più frequenti sono le pressioni esercitate da organizzazioni religiose sulle politiche pubbliche in Italia. Esempi significativi sono rappresentati dai discorsi delle gerarchie ecclesiastiche sul divorzio e sugli obblighi che deriverebbero per i giudici e gli avvocati nell'esercizio delle loro funzioni; dalle affermazioni della conferenza episcopale italiana, ripetute e sempre più pressanti, tendenti a perseguire l'obiettivo di introdurre o modificare la legislazione e le prassi sul riconoscimento dell'embrione e della persona umana; dall'insistenza con la quale, pur dopo la sottoscrizione della costituzione europea, si richiede la menzione, nel preambolo della costituzione stessa, delle radici cristiane, e/o giudaico-cristiane, che dovrebbero costituire es-

senziale criterio di riferimento per l'interpretazione delle disposizioni contenute nella costituzione europea.

Le preoccupazioni di chi ritiene di essenziale importanza la gelosa custodia dei valori laici della società contemporanea e si impegna per l'affermazione della cultura della laicità *nelle e delle* istituzioni sono particolarmente giustificate in materia scolastica, nella quale da molto tempo è in atto un processo di sistematica distruzione della scuola pubblica, mentre è giusto ritenere che soltanto una scuola veramente laica, che rispetti cioè tutte le fedi senza privilegiarne alcuna, è in grado di operare su un piano di parità, e cioè con piena legittimità costituzionale, e che il pluralismo religioso e culturale può realizzarsi soltanto se le istituzioni scolastiche rimangono imparziali di fronte al fenomeno religioso.

Su questi e tanti altri aspetti del problema della laicità si sofferma nel suo libro Marcello Vigli, che giustamente ricorda, nella premessa del libro, che un ripensamento della laicità può diventare un contributo efficace a superare molte difficoltà soltanto se ci si propone di uscire dalle secche delle tradizionali discussioni su stato/chiesa, religione/scienza. È sufficiente consultare l'indice del volume per rendersi conto dell'ampiezza dei riferimenti culturali che caratterizzano il lavoro, che è diviso in due parti, nelle quali viene proposto un percorso di laicità fuori dai templi delle ideologie e delle religioni, come si legge nel titolo del libro.

Di particolare interesse e utilità per chi intenda affrontare i temi della laicità oggi si presenta la lettura dei capitoli della seconda parte, nella quale si considerano tra gli altri i seguenti aspetti: laicità come metodo, laicità come cultura, religione e ideologie, etica e bioetica, politica e stato, la nuova laicità interroga i cristiani, la teologia nella cultura della laicità, una nuova ecclesiologia, una fede laica.

## *La laicità in Italia, oggi\**

1. Questo volume raccoglie gli atti del convegno svoltosi a Roma, nei giorni 29 e 30 novembre 2003, sul tema *Costituzione europea. La laicità indispensabile per l'uguaglianza dei cittadini davanti alle istituzioni*: il convegno ha avuto luogo esattamente un anno prima della sottoscrizione della costituzione europea (Roma, 29 ottobre 2004), e la lettura delle relazioni che vengono ora pubblicate rivela con chiarezza l'intento degli organizzatori e di tutti i partecipanti di influire sull'esito del lavoro di redazione del testo costituzionale: si tratta infatti di relazioni e di interventi svolti anche nella prospettiva *de iure condendo*, come usano dire i giuristi; e tuttavia tale prospettiva, legata al proposito di influire sui contenuti del testo costituzionale, che nel novembre 2003 era ancora in fase di elaborazione, non costituisce certamente l'unica chiave di lettura dei testi qui presentati.

Nella presentazione del convegno, che non a caso era stato organizzato in concomitanza con il vertice dei ministri degli esteri dell'unione europea e con la conferenza intergovernativa sul nuovo trattato costituzionale europeo svoltosi a Napoli nei giorni 28 e 29 novembre 2003, si precisava: «Obiettivo del convegno è dimostrare che la legittimazione dello *status* previsto nelle legislazioni nazionali per le chiese e le associazioni o comunità religiose degli stati membri (art. 51) viola il principio di uguaglianza di tutti i cittadini (art. 44) e discrimina coloro che appartengono ad altre religioni o non ne professano alcuna (circa la metà della popolazione europea). In tal modo vengono creati i presupposti per nuovi conflitti e tensioni sociali, anziché promuovere la coesione e costruire quella società fondata sul pluralismo e la non discriminazione descritta all'articolo 2».

«La laicità delle istituzioni – si precisava nel breve testo con il quale veniva presentato il programma del convegno – si propone come la

---

\* Introduzione al volume *Le voci della laicità*, a cura di R. CARCANO, Roma, Edup, 2006, pp. 13-29.

sola formula organizzativa della società atta a favorire la coesistenza pacifica fra persone che possiedono concezioni del mondo diverse. È per questa ragione che la consideriamo indispensabile nell'Europa del ventunesimo secolo e l'abbiamo scelta come tema del nostro convegno».

In questa mia breve introduzione alla lettura del materiale pubblicato nel volume, mi propongo di porre in rilievo alcuni aspetti più significativi che riguardano la laicità considerata come obiettivo indispensabile per la costruzione della società europea regolata dalle disposizioni della nuova costituzione europea. Prima di esporre alcune mie brevi considerazioni sul tema discusso nel convegno, ricordo in sintesi quali sono i contenuti del volume.

2. Le «ragioni del convegno» sono poste in rilievo da Vera Pegna, la quale, premesso che la laicità non significa solo la separazione fra stati (o istituzioni pubbliche) e chiese, ma significa la piena attuazione dello stato di diritto e l'effettiva uguaglianza dei cittadini davanti alle istituzioni e che essa è un elemento irrinunciabile della democrazia, critica la decisione di valutare la questione della libertà di religione nella prospettiva del consueto riferimento alle libertà di pensiero, di coscienza e di religione, come se nelle prime due libertà – libertà di pensiero e libertà di coscienza – quella di religione non fosse già compresa e come se il menzionarla a parte non fosse già un privilegio; richiama l'attenzione sull'omissione, nella carta dei diritti fondamentali incorporata nel nuovo trattato, della libertà di non avere alcuna religione e sul collegamento pernicioso fra la libertà del cittadino singolo o associato di professare la propria religione con lo *status* delle chiese-istituzioni, alle quali viene riconosciuto il diritto di rappresentare i propri fedeli, nonostante la totale assenza di processo democratico al loro interno e nonostante la secolarizzazione della società dimostri che i cittadini sono sempre meno inclini a rispettare, nelle loro scelte di vita personali, i precetti emanati dalle gerarchie ecclesiastiche.

Piero Bellini, nella sua relazione su *L'«idea» di laicità e la «fede» degli altri*, con la capacità di approfondimento critico che ben conoscono coloro che, come me, per quarant'anni hanno seguito con ammirazione l'itinerario della sua attività di ricerca scientifica, richiama l'attenzione sull'importanza che assume il passaggio dalla visione

oggettivistica consistente nella postulazione del primato di una “verità metafisica eminente” all’idea – tutta diversa – del concorso (quanto ai supremi moduli ideali) d’una indefinita quantità di convinzioni interioristiche, le quali emanano dall’uomo e sono dell’uomo: con la conseguenza che la scelta fideistica dell’altro non può più essere valutata come un’idea sbagliata, come un valore negativo, un disvalore, ma come un’idea diversa, proprio perché idea di un altro. Con grande chiarezza Bellini ribadisce che questa soggettivizzazione dei propri convincimenti più elevati non comporta affatto che la vicenda morale e intellettuale del soggetto scada in agnosticismo e indifferentismo: non significa credere in nulla o credere blandamente, giacché non va dimenticato che la scelta spirituale laica è essa medesima percorsa da una sua vivificante linfa fidelistica. Vanto del laicismo liberale, ricorda Bellini, è proprio quello di riconoscere e di assicurare a quelle stesse opzioni che gli sono diametralmente antagonistiche il medesimo grado di libertà e di dignità che esso reclama fermamente per la opzione spirituale libertaria.

Giuseppe Ugo Rescigno, considerando il problema de *La Costituzione europea, quali prospettive di laicità per l’Europa*, osserva preliminarmente che tra confessioni religiose da un lato ed atei o comunque non religiosi dall’altro vi è una evidente asimmetria, che, se per un verso è inevitabile e del tutto spiegabile, per un altro verso è voluta e organizzata dalle autorità pubbliche, in accordo con quelle religiose, e questo diviene un tema di interesse per il costituzionalista; ritiene necessaria un rigorosa distinzione tra libertà da un lato e potere o immunità dall’altro e in proposito ritiene che, al contrario di quanto molti pensano, le costituzioni, quando si occupano di confessioni religiose, lo fanno quasi sempre per fondare la legittimità di leggi e di atti amministrativi che concedono a tali confessioni poteri e immunità particolari, con la conseguenza che la eguale libertà tra le confessioni religiose, e tra le confessioni religiose e ogni altra organizzazione, e cioè la eguale garanzia che non vi saranno impedimenti specifici alla loro libertà, salvo quelli di ordine penale validi per tutti, diventa disuguaglianza nei poteri, nei privilegi, nelle immunità, sia tra confessione e confessione, sia tra confessioni religiose e altre associazioni, sia tra confessioni religiose e loro affiliati da un lato e atei o comunque non religiosi dall’altro; conclude auspicando che dal testo di costituzione dell’unione europea sparisca qualsiasi accenno

alle confessioni religiose e alla stessa libertà religiosa, perché quel che c'è da tutelare, e cioè la libertà religiosa, è totalmente tutelata da tutti gli altri articoli sulle libertà degli individui e delle associazioni, e tutto il resto ( e cioè poteri, immunità e privilegi) non va previsto, in nome appunto della libertà, della eguaglianza, della ragione.

Georges Leonard si propone di esaminare *Che cosa nasconde l'articolo 51 della bozza di Costituzione europea*. Egli comincia con il ricordare che l'art. 51 del testo costituzionale, disciplinando una questione che non riguarda la religione ma la laicità, nasconde un modo di funzionamento della democrazia nell'unione europea che ristabilisce una collusione fra stato e chiesa cattolica simile a quella esistente nell'*ancien régime*; la chiese fanno parte della società civile ma non intendono essere ritenute destinatarie della disposizione normativa, contenuta nell'art. 46, comma 2, del testo costituzionale, nel quale si prevede che «Le istituzioni dell'UE mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con la associazioni rappresentative e la società civile»; esse si sono invece impegnate per la previsione della disposizione – art. 51, comma 3 – che menziona «l'identità e il contributo specifico» delle chiese e impegna l'UE a mantenere nei loro confronti «un dialogo aperto, trasparente e regolare». Considerando che le parole usate nelle due disposizioni sopra ricordate sono le medesime, occorre domandarsi perché si siano separati i due articoli invece di farne uno solo. Leonard ritiene giustamente che il comma 3 può solo significare due cose. Da un lato la tutela delle chiese nell'unione europea e dall'altro il mantenimento delle disuguaglianze.

Henri Pena-Ruiz approfondisce l'argomento de *La laicità per l'uguaglianza dei diritti in Europa*. Dopo avere ricordato che la coscienza umana deve essere libera e che il primo grande principio della laicità è la libertà di coscienza, afferma che quando in un testo giuridico si definiscono dei principi, bisogna definirli a livello più generale possibile e che il solo principio accettabile è il principio di libertà di coscienza, di libertà spirituale di cui la libertà religiosa è solo una fattispecie. Il secondo grande principio della laicità è l'uguaglianza dei diritti di tutti gli uomini a prescindere dalle loro opzioni spirituali, che essi siano credenti, atei o agnostici. Altro principio della laicità è l'universalità della legge comune, giacché l'unica finalità di tale legge è l'interesse comune di tutti, il bene comune di tutti. Laicità, da'altra parte, non significa ateismo ufficiale; la laicità ha una portata

universale e i credenti insieme agli atei e gli agnostici possono vivere benissimo in un quadro laico; la laicità non significa la negazione delle differenze, ma l'apprendimento che consente di vivere tali differenze nell'orizzonte dell'universalità e dell'unità dell'umanità. È necessario vietare ogni manifestazione religiosa all'interno della scuola pubblica, perché la scuola pubblica è un luogo di apprendimento della cittadinanza, i giovani sono in corso di formazione e occorre privilegiare ogni percorso costruttivo e non un percorso di affermazione perentoria di un'identità generalmente immaginaria. La scuola deve tenere a distanza ogni fondamentalismo e ogni gruppo di pressione politico religioso, perché la posta in gioco nella scuola laica della repubblica è la costruzione della libertà. È necessario condurre una battaglia contro l'art. 51 del testo costituzionale e contro il richiamo alle radici cristiane nel preambolo della costituzione.

Giorgio Bogi prende in particolare considerazione il tema de *La Chiesa in Parlamento*. Non si intende trattare l'argomento dell'incidenza della chiesa cattolica nelle attività istituzionali dell'Italia, ma si richiama l'attenzione su alcune significative vicende della storia parlamentare più recente: il richiamo dei patti lateranensi nell'art. 7 della costituzione italiana del 1948, l'approvazione della legge sul divorzio 1° dicembre 1970, n. 898, il dibattito che ha preceduto l'entrata in vigore della legge sulla fecondazione medicalmente assistita, la visita del papa in parlamento nel 2002.

Mario Chiauzza presenta le *Proposte per una scuola laica*. Si ricorda la concezione della laicità sostenuta dal comitato torinese per la laicità della scuola, che considera la laicità non in termini astrattamente teorici, bensì come prassi concreta; l'atteggiamento laico risulta pertanto connotato in senso morale, legato al comportamento e alla responsabilità individuali, ed etico, con valenza relazionale e connesso alla dimensione sociale e collettiva: affermazioni che affondano le loro radici nella tradizione illuministica, ma devono oggi essere adattate e riformulate nelle loro concrete modalità di applicazione tenendo presenti, in particolare, i grandi fenomeni migratori, la globalizzazione economica, l'emergenza ambientale. Nell'ambito delle istituzioni, un ruolo particolarmente significativo deve essere riconosciuto alla scuola pubblica, da non considerare come una scuola *dello* stato, ma piuttosto come una scuola che lo stato si incarica di porre in essere per riconsegnarla immediatamente alla società civile. La scuola esiste

per gli studenti, ai quali deve essere garantita la massima libertà di apprendimento, che certo non può essere identificata con la possibilità di scelta, da parte delle famiglie, della scuola che meglio corrisponde ai propri presupposti ideologici e culturali: la possibilità di istituire scuole private è costituzionalmente garantita, ma gli sforzi dello stato devono essere tutti orientati al potenziamento del sistema di istruzione da esso stesso istituito. Il riconoscimento e la valorizzazione delle differenze culturali con cui i fenomeni migratori ci obbligano a confrontarci, possono acquisire una valenza positiva solamente se tali differenze vengono vissute in maniera non rigida, se l'appartenenza o la non appartenenza ad una comunità vengono pienamente ricondotte alla libera scelta degli individui. L'atteggiamento laico rifiuta le identità "forti" e tendenzialmente integraliste a favore di identità "deboli" e dialoganti e tuttavia non accetta l'appiattimento politico e culturale indotto dalla globalizzazione economica. Deve essere combattuta la tendenza alla differenziazione precoce dei percorsi formativi che non consente a tutti di acquisire una formazione culturale di base adeguata alla complessità dell'epoca che stiamo vivendo. Si propongono infine utili indicazioni riguardanti i metodi e i contenuti di una scuola laica potenziata e rinnovata, in un'epoca in cui essa deve confrontarsi con altri mezzi ben più potenti di trasmissione del sapere, e si sottolinea che tali temi non possono essere affrontati su scala esclusivamente nazionale ma vanno invece inseriti in un contesto mondiale e in primo luogo europeo, tenendo presente che la laicità è in primo luogo libertà di pensiero, ma non è una posizione debole e meramente difensiva e che in essa il principio di tolleranza e del riconoscimento delle diversità si sposa con l'intransigente rifiuto delle posizioni che tale tolleranza e tale riconoscimento negano o contrastano nei fatti.

Ho ritenuto qui opportuno esporre una sintesi delle relazioni e degli interventi presentati al convegno, e chiedo scusa se sono stati tralasciati importanti elementi di discussione presenti nei vari scritti: è evidente comunque che per la valutazione dei vari e complessi problemi trattati nel convegno, necessaria, e a mio avviso di particolare utilità, è la lettura integrale dei testi medesimi.

3. Di fronte allo sconsolante panorama del mondo contemporaneo è certamente motivo di sorpresa che uno dei temi sui quali in Italia negli ultimi mesi il dibattito è stato più vivace e polemico è stato quello

riguardante la necessità o meno che nel preambolo della costituzione europea approvata il 19 giugno 2004 e sottoscritta il 29 ottobre successivo figurasse il richiamo – fortemente sostenuto dalla chiesa di Roma e da alcune confessioni evangeliche – alle radici cristiane – secondo alcuni giudaico-cristiane – dell’Europa. La convenzione europea ha trovato un ragionevole compromesso sull’argomento, limitandosi soltanto a fare riferimento ai valori “culturali, religiosi ed umanistici dell’Europa”: dei 25 membri dell’Europa chiamati a pronunciarsi sul problema soltanto la Polonia e l’Italia, per la verità, hanno insistito nel ribadire fino alla votazione finale la necessità dell’inserimento delle radici cristiane; ai tempi di Aznar c’era anche la Spagna su questa posizione, che in seguito è mutata in relazione alla nuova politica di Zapatero, dopo che il 26 aprile 2004 il premier spagnolo aveva dichiarato che era giunta l’ora di « una svolta laica in cui nessuno impone le proprie credenze né nella scuola, né nella ricerca, né in alcun ambito della società ».

Del resto, se davvero ci si fosse proposti di citare nel testo del preambolo della costituzione europea tutte le ‘radici’ significative dell’Europa, si sarebbe dovuto fare un elenco molto lungo, nel quale, accanto alla radice giudaico-cristiana, avrebbero dovuto quanto meno figurare le idee di libertà e di uguaglianza della rivoluzione francese, l’eredità della scienza nata con Galileo, Keplero, Cartesio e Darwin, il principio di incompetenza degli stati in materia religiosa, le concezioni del pluralismo, della tolleranza e dello spirito di libera ricerca e via dicendo.

Non soltanto tuttavia ragioni di carattere pratico hanno indotto a ritenere che la sola inclusione delle radici cristiane avrebbe ingiustamente escluso aspetti altrettanto importanti che meritavano di essere menzionati, determinando così un grave squilibrio nella stessa immagine culturale del continente: vi era anche l’esigenza prioritaria di mantenere il principio di laicità, uno dei più apprezzabili aspetti della cultura europea rispetto alla culture che non sono ancora riuscite a separare i precetti divini dalle leggi umane.

Che il cristianesimo abbia avuto un ruolo centrale nella formazione della cultura europea costituisce un’affermazione ovvia e che non può essere seriamente contraddetta. E tuttavia un’importanza essenziale per la formazione della cultura europea deve certamente riconoscersi anche alle concezioni, definite con le espressioni di laicità e di laici-

smo, consistenti nella tendenza ad escludere l'influenza della religione (in particolare del cattolicesimo) dalla vita e dalle istituzioni civili e politiche. Caratterizzato da un iniziale anticlericalismo, il laicismo si è sviluppato in forme più articolate e, come principio di indipendenza dello stato in materia religiosa, alcune sue tesi sono state assunte dal pensiero religioso contemporaneo. Costituisce un'importante conquista del pensiero laico l'affermazione che, se è certamente necessario che lo stato non interferisca nelle scelte confessionali dei suoi cittadini, è però anche necessario che le chiese non interferiscano nelle scelte (legislative, amministrative e giurisdizionali) degli stati: la laicità degli ordinamenti, la distinzione tra "peccato" e "reato", tra "norma morale" e norma giuridica, rappresentano la migliore difesa possibile anche per la garanzia delle libertà di religione e verso la religione.

Storicamente il principio di tolleranza nasce come reazione alle persecuzioni religiose e prepara gradualmente la separazione della sfera politico-statale dalla sfera religiosa e l'affermazione della libertà di coscienza e della libertà di pensiero. Il principio del dialogo si è venuto sempre più affermando nella filosofia contemporanea e, nelle più diverse situazioni di cultura e di pensiero, vale per qualsiasi coscienza rispettosa di sé e delle altre: vale, o dovrebbe comunque valere, anche per ogni cattolico consapevole che la convivenza civile comporta pure, come è ovvio, esigenze di coesistenza con i non cattolici e i non credenti. È un principio, quello della tolleranza, le cui origini devono farsi risalire all'umanesimo del XVI secolo, che trova la sua massima espressione nel periodo dell'illuminismo del XVIII secolo e che diviene in seguito parte integrante del pensiero liberale.

Occorre però tenere presente che assai spesso la chiesa cattolica tende a svuotare del suo contenuto la parola laicità, un obiettivo che risulta chiaro se si valutano molti documenti ecclesiastici che riguardano tale questione: a titolo d'esempio ricordo la nota dottrinale che, nel novembre 2002, la congregazione vaticana per la dottrina della fede ha rivolto ai politici italiani, nella quale si legge: « 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 », brano nel quale la chiara affermazione sull'esclusione della sfera morale dall'autonomia rispetto alla sfera civile e politica fa comprendere quali e quanti problemi si pongono sui rapporti tra morale civile e morale

religiosa e tra società civile e società religiosa, per ricordare il titolo di un fortunato volume di un grande storico e giurista, Arturo Carlo Jemolo [*Società civile e società religiosa*, Torino, Einaudi, 1959]. Il punto di vista delle gerarchie cattoliche è che separazione della religione dalla politica non significa separazione fra la morale e la politica e che la chiesa cattolica è l'autorità divina, ultima e legittima, che definisce la verità in tema di moralità e che stabilisce ciò che è giusto in politica.

La garanzia della libertà di coscienza, che viene intesa non nel senso di un aspetto particolare del più ampio diritto di libertà religiosa, ma come libertà autonoma, più ampia della libertà religiosa e, in un certo senso, precedente tale libertà, riguarda l'esercizio di una libertà che deve essere idonea a ricomprendere ogni possibile atteggiamento dell'individuo imputabile alla sua coscienza e che assume un significato sul piano giuridico quando non si risolve nell'ambito della sfera meramente individuale. Il riconoscimento della libertà di coscienza significa che lo stato si impegna a non esercitare alcuna costrizione della coscienza individuale, ritenendosi unicamente ammissibile un'eventuale limitazione che trovi un suo fondamento nelle eventuali disposizioni che le prevedono (v. per esempio, l'art. 9, comma 2 o in altri articoli della convenzione europea dei diritti dell'uomo). I poteri pubblici non devono dunque proporsi di influenzare le decisioni di coscienza del singolo o di collegare ad esse privilegi o svantaggi. La corte costituzionale italiana ha riconosciuto il diritto alla libera formazione della coscienza, senza influssi di natura familiare, ambientale, sociale o istituzionale, nelle sentenze nn. 409 del 1989, 467 del 1991, 149 del 1995.

Nella maggior parte dei paesi d'Europa la nozione di tolleranza verso le idee e credenze, non soltanto religiose, che costituisce uno degli aspetti essenziali del concetto di laicità, ha trovato la sua realizzazione nella garanzia del pluralismo: perché il principio del pluralismo possa concretamente realizzarsi sul piano istituzionale, occorre la realizzazione di una complessiva unità nella tutela delle diversità: obiettivi al quale tendono i principi di eguaglianza e di solidarietà e le garanzie delle libertà di espressione e di manifestazione del pensiero.

Una considerazione particolare merita il tema della scuola. Solamente una scuola veramente laica che rispetti cioè tutte le fedi senza privilegiarne alcuna, è in grado di rifiutare le pretese che via via

vengono esposte, su un piano di parità e cioè con piena legittimità costituzionale. Il pluralismo religioso e culturale, sulla cui importanza nel sistema costituzionale italiano possono leggersi le sentenze della corte costituzionale 12 aprile 1989, n. 203 e 14 gennaio 1991, n. 13, può realizzarsi soltanto se le istituzioni scolastiche rimangono imparziali di fronte al fenomeno religioso. L'imparzialità delle istituzioni scolastiche pubbliche di fronte al fenomeno religioso deve realizzarsi attraverso la mancata esposizione di simboli religiosi piuttosto che attraverso l'affissione di una pluralità di simboli, che – come si osserva giustamente nell'ordinanza del giudice di Ofena in Abruzzo di qualche mese fa – non potrebbe in concreto essere tendenzialmente esaustiva e comunque finirebbe per ledere la libertà religiosa negativa di coloro che non hanno alcun credo.

L'ideale laico, si è giustamente osservato, comporta l'attuazione concreta dello stato di diritto e quindi il perfezionamento della nostra democrazia [V. PEGNA, *Le sfide della laicità*, in *laicità*, 2004, pp. 8-9]. Le parole usate nelle norme giuridiche hanno un peso notevole perché la loro presenza, al di là delle intenzioni dei proponenti delle varie formule giuridiche, porta sempre a risultati concreti: indipendentemente dalle intenzioni, è assai breve il tragitto che da questa riconoscenza conduce 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 che, per esempio in materia di aborto o di matrimoni omosessuali, contraddica le aspettative di una chiesa cristiana sarebbe una violazione della costituzione europea.

I principi della libertà di pensiero e di coscienza, e le disposizioni che contemplano l'uguaglianza e la libertà dei cittadini nello stato di diritto assicurato nell'unione europea consentono di parlare di un patrimonio costituzionale comune il cui rispetto rappresenta la migliore garanzia per assicurare lo stesso principio di laicità, che può oggi essere inteso come principio generale degli ordinamenti e si riferisce a un modello di neutralità attiva dello stato laico.

Pluralismo religioso e culturale, libertà di coscienza e di religione per tutti, eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, eguale libertà delle confessioni religiose, imparzialità dei poteri pubblici di fronte al fenomeno religioso, laicità delle istituzioni civili: sono questi i principi sui quali è fondata la speranza che possano realizzarsi in Europa le

condizioni per una piena laicità. Non mancano le difficoltà e i dubbi per il futuro, soprattutto se si considera che nella costituzione europea, pur non figurando alcun richiamo alle radici cristiane, è tuttavia presente una disposizione, quella dell'art. 51, che pone non pochi rischi di conferma di elementi di confessionalità presenti in molti sistemi giuridici dell'Europa. E tuttavia l'opinione che, in conclusione, vorrei qui esprimere riguarda la necessità di ribadire la supremazia del diritto, quello che nel mondo anglosassone si definisce *the rule of Law*: senza il diritto non c'è libertà ma arbitrio; e sempre più si afferma l'esigenza che le costituzioni, quella europea non meno di quelle di molti stati d'Europa, con le loro disposizioni, i loro principi consolidati e i loro valori, siano fonti di garanzia per tutti.

## INDICE

LAS RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LAS CONFESIONES MINORITARIAS: LOS DERECHOS RELIGIOSOS DE LOS INMIGRANTES ..... pag. 2809

ASPETTI CIVILISTICI DELLE FONDAZIONI ..... » 2817

SOMMARIO 1. Fondazioni disciplinate dal codice civile e nuove prospettive di riforma in tema di persone giuridiche. - 2. Indicazioni per una riforma delle norme del primo libro del codice civile in tema di persone giuridiche. In particolare, il riconoscimento delle persone giuridiche e l'autorizzazione per i loro acquisti. - 3. Le tre grandi distinzioni in tema di enti e persone giuridiche. Associazioni e fondazioni. Soggetti persone giuridiche e soggetti non persone giuridiche. Persone giuridiche pubbliche e private. - 4. La tutela degli interessi superindividuali - 5. La legge quadro sul volontariato - 6. Problematiche inerenti alla compatibilità tipologica tra imprese ed enti non-profit. La questione della legittimità dell'esercizio di attività economica da parte degli enti del primo libro del codice civile e, in particolare, delle fondazioni. - 7. Conclusioni.

VECCHI E NUOVI PROBLEMI IN TEMA DI ENTI PUBBLICI E PRIVATI ..... » 2839

SOMMARIO: 1. Premessa. Individuazione di alcuni tra i più importanti argomenti esaminati recentemente in tema di enti pubblici e privati. - 2. Le ragioni che giustificano una proposta di riforma della disciplina del primo libro del codice civile in materia di persone giuridiche. - 3. Il riconoscimento degli enti. - 4. L'istituto dell'autorizzazione agli acquisti degli enti. - 5. Le tradizionali distinzioni contemplate nel codice civile tra associazioni e fondazioni e tra i soggetti personificati e quelli non personificati. - 6. La distinzione tra enti pubblici e privati. - 7. La privatizzazione degli enti pubblici. Gli enti di interesse nazionale (o pubblico). - 8. I soggetti rappresentanti di interessi superindividuali. - 9. Le organizzazioni di volontariato.

PROBLEMI IN TEMA DI AUTONOMIE NORMATIVE. L'AUTONOMIA NORMATIVA DELLE CONFESIONI RELIGIOSE .....	» 2875
SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari su norme statali e norme di soggetti diversi da quello statale. - 2. Il sistema delle fonti del diritto e i nuovi principi sulle autonomie normative dopo l'entrata in vigore della costituzione repubblicana. - 3. I rapporti tra ordinamento giuridico statale e ordinamento giuridico sportivo. - 4. Atti espressione di autonomie normative e loro eventuale contrasto con norme e principi statali. -5. L'autonomia delle confessioni religiose nella costituzione. - 6. L'autonomia statutaria delle confessioni religiose diverse dalla cattolica. - 7. Il problema dei limiti alle libertà delle confessioni religiose diverse dalla cattolica. - 8. Carattere generale del limite all'autonomia statutaria delle confessioni religiose.	
NORMA E STATO, PER TRADIZIONE SISTEMATICA E NELLA REALTÀ OPERATIVA.....	» 2902
INTERVISTA IN TEMA DI FINANZIAMENTI ALLE SCUOLE MATERNE STATALI .....	» 2914
VECCHI E NUOVI PROBLEMI IN TEMA DI SCUOLA PUBBLICA E SCUOLA PRIVATA.....	» 2918
SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le disposizioni costituzionali in materia di istruzione, con particolare riferimento alla questione del finanziamento delle scuole private. - 3. Il problema dei rapporti tra scuola pubblica e scuola privata negli anni più recenti. - 4. Un ministro del partito della sinistra propone un nuovo progetto di riforma della scuola «per l'espansione, la diversificazione e l'integrazione dell'offerta formativa nel sistema pubblico dell'istruzione e della formazione». - 5. Ruolo dei privati nello svolgimento dei compiti assegnati alla scuola della repubblica. - 6. Conclusioni.	
LA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ROMANA DEL 1849.....	» 2935
SOMMARIO: 1. L'esperienza istituzionale della repubblica romana. - 2. La costituzione della repubblica romana del 3 luglio 1849. - 3. Interesse di una comparazione tra la costituzione della repubblica romana e la costituzione dell'Italia repubblicana del 1948. - 4. L'assemblea costituente. - 5. I principi fondamentali. - 6. Diritti e doveri dei cittadini. - 7. L'organizzazione della repubblica romana.-	

8. Natura e peculiarità della carta costituzionale della repubblica romana. In particolare, la procedura di revisione e la rigidità della costituzione.

ESIGENZE DI LAICITÀ NELLA SOCIETÀ ITALIANA ..... » 2971

IL CONTRIBUTO DI PIERO BELLINI ALLO STUDIO DEL DIRITTO PUBBLICO ITALIANO ..... » 2976

L'INDIPENDENZA DEL GIUDICE..... » 2991

SOMMARIO: 1. Le ragioni che giustificano la scelta dell'argomento della relazione: «L'indipendenza del giudice». - 2. L'indipendenza del giudice, carattere essenziale per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali negli stati democratici. - 3. La prospettiva storica nel diritto italiano. - 4. Il dibattito all'assemblea costituente e le disposizioni della carta costituzionale. - 5. Peculiarità del ruolo del Pubblico ministero: il problema della sua indipendenza. - 6. L'indipendenza dei giudici amministrativi. - 7. Alfonso Ferrucci: l'insegnamento e l'esempio di una vita professionale ispirata al principio della indipendenza.

DUE SENTENZE IN TEMA DI LIBERTÀ MATRIMONIALE E DI LIBERTÀ DI INSEGNAMENTO NELLE SCUOLE PROFESSIONALI..... » 3015

OSSERVAZIONI IN TEMA DI INSEGNAMENTO DEL DIRITTO NEL PROCESSO DI RIFORMA DELLA DIDATTICA UNIVERSITARIA ..... » 3027

SOMMARIO: 1. Alcune recenti iniziative relative al problema dell'insegnamento universitario del diritto. - 2. L'esperienza della partecipazione alla commissione Martinotti. - 3. L'esperienza della partecipazione alla commissione per il reclutamento di 300 uditori giudiziari. - 4. Esigenze da soddisfare e possibili novità da introdurre nella didattica universitaria, in attuazione del principio e del valore dell'autonomia. - 5. Il quadro degli insegnamenti universitari italiani dopo l'accordo della Sorbona a Parigi.

UNA COSTITUZIONE AVANZATA ..... » 3036

LEGGI SULLA BASE DI INTESI E GARANZIE DI LIBERTÀ RELIGIOSA ..... » 3042

EVOLUZIONE DEL SISTEMA ITALIANO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA .....	» 3047
SOMMARIO: 1. Centralità della tutela della persona umana. - 2. La tutela giurisdizionale alla luce della normativa comunitaria.	
A 150 ANNI DALLA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ROMANA DEL 1849. CONTINUITÀ E INNOVAZIONE NELLA COSTITUZIONE ITALIANA DEL 1948 .....	» 3052
SOMMARIO: 1. Costituzione della Repubblica romana e Costituzione della Repubblica italiana: interesse di una comparazione. - 2. L'Assemblea costituente. - 3. I Principi fondamentali. - 4. Diritti e doveri dei cittadini. - 5. L'organizzazione della Repubblica romana. - 6. Natura e peculiarità della carta costituzionale della Repubblica romana. In particolare la procedura di revisione e la rigidità della costituzione. - 7. Conclusioni. - Bibliografia.	
ART. 9 .....	» 3080
SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La libertà di pensiero. - 3. La libertà di coscienza. - 4. La libertà di religione e verso la religione. - 5. I limiti ai diritti di libertà in materia religiosa. - 6. La giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo.	
MINORANZE IN EUROPA .....	» 3099
SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. Protezione internazionale, sovranazionale e nazionale delle minoranze. - 3. La tutela delle minoranze in Europa. L'art. 14 della convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'art. 13 (ex art. 6A) del Trattato che istituisce la Comunità europea. L'art. F, § 2 del Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992. - 4. La tutela delle minoranze in Europa dopo il 1975. L'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OCSE). - 5. Le minoranze nell'azione più recente del Consiglio d'Europa. La convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali. - 6. Le nuove minoranze. La politica europea nei confronti degli stranieri. - 7. I musulmani in Europa. - 8. Considerazioni conclusive.	
NUOVE DIMENSIONI DELLE ISTITUZIONI E DEI DIRITTI IN UN MONDO SENZA CONFINI.....	» 3123
STATO DI ATTUAZIONE DELLA RIFORMA DIDATTICA («3+2»). IL DIRITTO AMMINISTRATIVO (IUS/10) .....	» 3133

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La conoscenza delle scelte effettuate dalle strutture didattiche, e dunque dai colleghi. - 3. Alcune avvertenze. - 4. Facoltà di giurisprudenza e facoltà umanistiche: tornerà la laurea di 4 anni? - 5. Nuove offerte formative e incertezza sulle risposte degli studenti e sulle loro iscrizioni. Denominazione degli insegnamenti e loro collocazione nei settori scientifico-disciplinari. - 6. La riforma didattica e i rapporti di collaborazione tra atenei, tra facoltà e tra docenti di diverse discipline. -7. Problemi di difficile soluzione e questioni ancora aperte. - 8. L'insegnamento del diritto amministrativo nel nuovo ordinamento didattico. - 9. Conclusioni.

IL PRINCIPIO DEMOCRATICO NELLA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ROMANA DEL 1849 ..... » 3151

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Gli ideali costituzionali, repubblicani e democratici. - 3. L'assemblea costituente. - 4. Principi fondamentali e carattere democratico della costituzione romana del 1849. - 5. Diritti e doveri dei cittadini e organizzazione della repubblica romana. - 6. La carta costituzionale della repubblica romana: una costituzione democratica.

LAICITÀ, GARANZIA DI LIBERTÀ PER TUTTI ..... » 3187

INTERVENTO IN RICORDO DI LIVIO PALADIN ..... » 3190

STATO DI ATTUAZIONE DELLA RIFORMA DIDATTICA ("3+2"). IL DIRITTO AMMINISTRATIVO (IUS/10)..... » 3194

SOMMARIO: 1. Ricostruzione del dibattito. - 2. Le offerte formative delle facoltà. Novità rispetto alla relazione del 5 ottobre 2001 (*omissis*).

ORIGINI STORICHE E FONDAMENTO COSTITUZIONALE DEL PRINCIPIO D'IMPARZIALITÀ DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI ..... » 3200

TORNIAMO ALLA COSTITUZIONE ..... » 3206

UNA LEGGE A GARANZIA DELLA LAICITÀ? ..... » 3212

1953-2003. TEMI E PROBLEMI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO IN CINQUANT'ANNI DI ESPERIENZA GIURIDICA ..... » 3216

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Attività interna ed esterna delle pubbli-

che amministrazioni. Attività di diritto comune (o privato) e attività di diritto pubblico. - 3. L'attività delle pubbliche amministrazioni e le disposizioni costituzionali. - 4. Il principio di buon andamento. - 5. L'imparzialità amministrativa. - 6. Conclusioni.

PROBLEMI IN TEMA DI LAICITÀ DELLO STATO E DELLE ISTITUZIONI CIVILI .....	» 3240
DIRITTI DI LIBERTÀ IN MATERIA RELIGIOSA E PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ E DI LAICITÀ DELLE ISTITUZIONI CIVILI: LA PAROLA ALLA CORTE COSTITUZIONALE .....	» 3251
LA LAICITÀ IN ITALIA: UN PERCORSO BIBLIOGRAFICO .....	» 3260
LIMITI COSTITUZIONALI ALLA DISCREZIONALITÀ DEL LEGISLATORE ORDINARIO NELLA DISCIPLINA DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA [Nota a Corte costituzionale (5) 6 luglio 2004, n. 204].....	» 3269
A CIASCUNO IL SUO COMPITO: NON SPETTA ALLA CORTE COSTITUZIONALE DISPORRE LA RIMOZIONE DEL CROCEFISSO NEI LOCALI PUBBLICI (Nota a Corte costituzionale ord. 13 dicembre 2004, n. 389) ..	» 3285
INTRODUZIONE AGLI ATTI DEL CONVEGNO SU “LA LAICITÀ INDISPENSABILE” .....	» 3294
INTERVENTO IN UN SEMINARIO ALLA LUISS .....	» 3305
POLITICHE PUBBLICHE E CLERICALISMO.....	» 3308
LEGGI SULLA BASE DI INTESI E GARANZIE DI LIBERTÀ RELIGIOSA .....	» 3316
NUOVE PROSPETTIVE PER LA TUTELA DELLE PERSONE .....	» 3321
MEGLIO LA COSTITUZIONE CHE UNA LEGGE DELLO STATO A GARANZIA DELL'UGUAGLIANZA E DELLA LIBERTÀ IN MATERIA RELIGIOSA .....	» 3335
LE RADICI LAICHE DELL'EUROPA.....	» 3337

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Più radici culturali dell'identità europea. - 3. Cultura cristiana e cultura europea. Cristianesimo e laicismo nella formazione della cultura europea. Laicità e pensiero laico: prime indicazioni. - 4. Lo spirito critico europeo che viene dalla Grecia. Laicismo, confessionarismo, clericalismo, fondamentalismo. I fondamenti del pensiero laico: la ragionevolezza, l'antidogmatismo, la tolleranza, il dialogo. - 5. Il principio della tolleranza e del dialogo. - 6. Controllo delle coscienze e riconoscimento della libertà di coscienza. - 7. La democrazia pluralista. Il pluralismo religioso e culturale. Il pluralismo e la laicità degli stati e delle istituzioni civili. - 8. Il contributo del diritto. La regola dello stato di diritto. Dichiarazioni e carte dei diritti, convenzioni, costituzioni. Eguaglianza degli esseri umani, libertà, rispetto della ragione. Identità collettive e diritti degli individui. - 9. Conclusione.

IL MODELLO DEL CONCORDATO NELL'EVOLUZIONE DELLA SOCIETÀ E DELLE ISTITUZIONI DELL'ITALIA DEMOCRATICA .....	» 3356
VECCHI E NUOVI PROBLEMI IN TEMA DI FONTI DEL DIRITTO .....	» 3367
PRINCIPIO DI LAICITÀ E COMPITI DELLA SCUOLA .....	» 3403
GLI ARTICOLI 33 E 34 DELLA COSTITUZIONE .....	» 3411
INTERVENTO IN TEMA DI RIFORMA UNIVERSITARIA .....	» 3415
LIBERTÀ DELLE CONFESIONI E SIMBOLI RELIGIOSI.....	» 3421
SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'ordinanza della Corte costituzionale n. 389 del 2004. - 3. Il problema costituzionale della laicità e la presenza dei simboli religiosi nei locali pubblici. - 4. Simboli religiosi e diritti di libertà: una questione di garanzia dei diritti soggettivi, non di riconoscibilità di interessi legittimi.	
LA LAICITÀ DELLA REPUBBLICA ITALIANA .....	» 3435
SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Valori costituzionali e disciplina costituzionale del fenomeno religioso in Italia. - 3. Il problema costituzionale della laicità: il caso italiano. - 4. La giurisprudenza costituzionale in materia ecclesiastica del primo decennio. In particolare, la tutela penale dei culti. - 5. L'inammissibilità della questione di costitu-	

zionalità dell'art. 5, comma 3, del Concordato - 6. Il periodo degli anni 1966-1975. Il dialogo tra Corte costituzionale e Parlamento. - 7. La sentenza della Corte costituzionale n. 195 del 1972 sul "caso Cordero". - 8. Il periodo degli anni 1976-1985. - 9. Il periodo degli anni 1986-1995. La "scoperta" del "principio supremo di laicità dello Stato". - 10. Il periodo degli anni 1996-2006. Laicità della Repubblica e tendenze pluralistiche della società multiculturale in Italia.

INTESE CON LE CONFESIONI RELIGIOSE DIVERSE DALLA CATTOLICA .....	» 3476
SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Norme e principi della Costituzione repubblicana. - 3. Le intese stipulate tra lo Stato italiano e le confessioni religiose diverse dalla cattolica. - 4. I rapporti tra lo Stato italiano e le confessioni religiose «senza intesa». - Bibliografia.	
L'IMPEGNO DI PIERO CALAMANDREI PER LA LAICITÀ DELL'ITALIA DEMOCRATICA .....	» 3489
LA LAICITÀ DELLE ISTITUZIONI REPUBBLICANE .....	» 3512
LA LAICITÀ DELLA SCUOLA E NELLA SCUOLA .....	» 3540
ALLA RICERCA DEI PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI MEDIATAMENTE RICONDUCIBILI ALL'ESERCIZIO DEL POTERE PUBBLICO: UN NUOVO AVVERBIO PER IL DI- BATTITO TRA I GIUDICI, GLI AVVOCATI E GLI STUDIOSI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA ITALIANA [Nota a Corte costituzionale (3 maggio) 11 maggio 2006, n. 191].....	» 3549
UN RICORDO DI SERGIO PANUNZIO .....	» 3565
INTERVENTO A UN CONVEGNO DELL'ANDU .....	» 3567
UN UTILE CONTRIBUTO ALLA CULTURA DELLA LAICI- TÀ .....	» 3573
LA LAICITÀ IN ITALIA, OGGI .....	» 3576



Stampato da  
Pellegrini editore - Cosenza