



Giuseppe Casuscelli

La «supremazia» del principio di laicità nei percorsi  
giurisprudenziali: il giudice ordinario

*«Les principes, c'est bien, ça n'engage personne»*  
(Charles-Maurice de Talleyrand-Périgord, vescovo di Autun)

*«... parlava come se nella sua bocca ci fosse la  
Cassazione a sezioni riunite, tanto accuratamente  
notomizzava e ricostituiva la forma senza sfiorare  
il merito»*

(Leonardo Sciascia, *Il giorno della civetta*,  
Adelphi, Milano, 1993, p. 101)

**SOMMARIO:** 1. I «perché» della ricerca – 2. I «come» della ricerca – 3. I «dati» della ricerca – 4. Il principio di laicità, l'interpretazione adeguatrice ed il diritto ecclesiastico positivo – 5. I rischi dell'interpretazione adeguatrice – 6. L'interpretazione adeguatrice e la discrezionalità del giudice – 7. I vincoli nell'attuazione del principio – 8. Le linee generali degli interventi della Corte di cassazione civile e dei giudici di merito – 9. L'ossequio formale al principio – 10. L'applicazione giurisprudenziale fatta dalle sezioni unite civili della Corte di cassazione ... – 10.a) Il divieto di ingerenza nell'organizzazione delle confessioni religiose - 10.b) Libertà fondamentali, diritti assoluti e riparto della giurisdizione - 10.c) Pubblico, religioso e profili etici - 10.d) La potestà organizzatoria non conformata della Pubblica Amministrazione - 10.e) Ordine pubblico e delibazione - 11. (*segue*) ... e dalle sezioni semplici – 11.a) La personalità giuridica privata degli enti di culto - 11.b) L'insegnamento della religione nella scuola pubblica e gli insegnanti - 11.c) Il lavoro dei religiosi presso l'associazione di appartenenza - 11.d) I diritti delle scuole confessionali e i diritti degli insegnanti - 11.e) Il riconoscimento del figlio naturale - 11.f) Il giuramento - 12. Uno sguardo riassuntivo.

## 1 – I «perché» della ricerca

La dottrina che si è occupata della laicità dello Stato quale principio di diritto - una tra le molteplici angolazioni prescelte anche dagli stessi giuristi<sup>1</sup> - dopo essersi copiosamente interessata delle singole pronunce

---

<sup>1</sup> In una più ampia prospettiva ricorda A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *I principi generali del diritto*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1992, 96, p. 12, che "la considerazione scientifica dei principi generali può essere condotta, come in



in materia della Corte costituzionale, ha rivolto non da molto il suo interesse all'esame complessivo dell'ormai ventennale "percorso" del giudice delle leggi<sup>2</sup>.

Minore attenzione ha dedicato, invece, ai numerosi profili della attuazione pratica del principio<sup>3</sup>, e in particolare al "seguito

---

concreto lo è stata, sotto angolazioni diverse, e tuttavia il suo orientamento finale non può non essere quello del diritto positivo".

<sup>2</sup> Senza pretesa alcuna di completezza si segnalano i contributi di **A. BARBERA**, *Il cammino della laicità*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); **G. CASUSCELLI**, *L'«evoluzione della giurisprudenza costituzionale» in materia di vilipendio della religione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2001, p. 1119 ss.; **ID.**, *Le laicità e le democrazie. La laicità della "Repubblica democratica" secondo la Costituzione italiana*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2007/1, p. 169 ss.; **M. CROCE**, *La libertà religiosa nella giurisprudenza costituzionale. Dalla giustificazione delle discriminazioni in nome del criterio maggioritario alla "scoperta" del principio di laicità dello Stato. Verso la piena realizzazione dell'eguaglianza "senza distinzione di religione"*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2006, p. 387 ss.; **S. LARICCIA**, *La laicità della Repubblica italiana*, nel volume collettaneo a cura di A. Pace, *Corte Costituzionale e processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 414 ss.; **A. ODDI**, *Il principio di "laicità" nella giurisprudenza costituzionale*, in **R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI**, *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 240 ss.; **F. ONIDA**, *Il principio di laicità*, nel volume collettaneo a cura di R. Botta, *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, p. 277 ss.; **V. PACILLO**, *Neo-confessionismo e regressione*, nel volume collettaneo a cura di E. Vitali, *Problematiche attuali del diritto di libertà religiosa*, CUEM, Milano, 2005, p. 3 ss.; **A. PIN**, *Il percorso della laicità "all'italiana". Dalla prima giurisprudenza costituzionale al Tar veneto: una sintesi ricostruttiva*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2006, p. 203 ss.; **S. PRISCO**, *Il principio della laicità nella recente giurisprudenza*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it); **S. SICARDI**, *Il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte costituzionale (e rispetto alle posizioni dei giudici comuni)*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2007, p. 501 ss.

Si segnalano, inoltre, le trattazioni generali sulla giurisprudenza del giudice delle leggi di **A. ALBISETTI**, *Giurisprudenza costituzionale e diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1983 (la 3<sup>a</sup> ed. è dell'anno 2000); **M. CANONICO**, *Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'evoluzione del diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2005; **S. DOMIANELLO**, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica (1957-1986)*, Giuffrè, Milano, 1987; **S. DOMIANELLO**, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica (1987-1998)*, Giuffrè, Milano, 1999 (con specifico richiamo al saggio introduttivo su *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia ecclesiastica: vantaggi e rischi del passaggio dalla 'copertura' delle fonti a quella dei valori*); il volume collettaneo a cura di R. Botta, *Diritto ecclesiastico*, cit.; **B. RANDAZZO**, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Giuffrè, Milano, 2008.

<sup>3</sup> L'attuazione pratica del principio di laicità può essere verificata con riferimento al sistema normativo (unilaterale e pattizio, statale e regionale) ed alle istituzioni (governo, parlamento, pubblica amministrazione, giudici), ma anche, per evitarne una lettura statocentrica, con riferimento alla società (la c.d. società civile e le agenzie dei valori che in essa operano) ed alle forze politiche. L'interrogativo se la laicità possa sussistere come forma e qualificazione dello Stato senza essere elemento costitutivo



giurisprudenziale” affidato ai giudici “comuni”<sup>4</sup>, attraverso il monitoraggio, l’esame e la comparazione dei coevi “percorsi” del giudice amministrativo<sup>5</sup>, di quello penale<sup>6</sup>, e di quello civile<sup>7</sup>. Ciò non di meno, singole pronunce dell’uno o dell’altro hanno dato luogo a dibattiti ampi ed accesi, anche per la marca significativamente differenziata degli approcci al tema specifico<sup>8</sup> - come pure a quello del ruolo dei principi<sup>9</sup> - che alimenta l’immagine dell’arcipelago del potere giudiziario<sup>10</sup>.

---

della società è stato posto da **L. GUERZONI**, *Relazione per la Giornata di studio su “Questioni di laicità”*, organizzata dal Dipartimento di Filosofia della Facoltà di Lettere e Filosofia dell’Università degli Studi di Milano (3 ottobre 2008).

<sup>4</sup> Si veda utilmente **P. FALZEA**, *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*, Giappichelli, Torino, 2005.

<sup>5</sup> In questo volume si veda, però, il contributo di **J. PASQUALI CERIOLI**, *La laicità nella giurisprudenza amministrativa: da principio supremo a “simbolo religioso”*.

<sup>6</sup> Sempre in questo volume si veda il contributo di **N. MARCHEI**, *La giurisprudenza ordinaria in materia penale e le contraddittorie anime del principio di laicità*.

<sup>7</sup> Del tema della laicità nei rapporti di diritto privato, alla luce della recente giurisprudenza, si è occupato **G. ALPA**, *Laicità e diritto privato*, nel volume collettaneo a cura di A. Ceretti e L. Garlati, *Laicità e Stato di diritto*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 209 ss., ma con specifico riferimento ai “molti problemi propri del campo etico [che] sono assunti rispettivamente dalla religione e dal diritto, sì che dal loro intreccio emergono soluzioni che variano nel tempo e nello spazio” (p. 213).

<sup>8</sup> In linea di massima, può dirsi che la giustizia penale, che si è misurata in prevalenza con norme unilaterali dello Stato la cui illegittimità costituzionale era manifesta, ha seguito diffusamente la linea dell’attuazione giurisprudenziale della Carta; a questa linea ha opposto ed oppone resistenza la giustizia amministrativa, che si è misurata con norme unilaterali e di derivazione pattizia; meno lineare il taglio della giustizia civile, più propensa all’attuazione dei principi costituzionali quando si è misurata con norme unilaterali, e meno propensa quando si è misurata con norme di derivazione pattizia (in senso stretto ed in senso lato). Così, non appare del tutto condivisibile l’affermazione di **N. COLAIANNI**, *Poteri pubblici e laicità delle istituzioni: i giudici*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), gennaio 2008, p. 19, che “l’ultima giurisprudenza ha evidenziato una crescente divaricazione tra giustizia amministrativa, tesa a tutelare frequentemente gli indirizzi governativi favorevoli al mantenimento dello *statu quo*, e giustizia ordinaria, volta con maggiore coerenza e risolutezza verso l’attuazione del principio supremo di laicità”.

<sup>9</sup> In una risalente pronuncia la Corte costituzionale aveva ritenuto che “si debbono considerare come principi dell’ordinamento giuridico quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dalla intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell’ordinamento giuridico vigente” (n. 6 del 1956).

<sup>10</sup> Che “la peculiarità dell’assetto del c.d. potere giudiziario” non consenta “che di esso si possa parlare come di un blocco serrato ed unitario di autorità, ma piuttosto – secondo l’immagine usata – come di un arcipelago” lo ha ribadito da ultimo **S.**



Tutto ciò è potuto accadere per ragioni diverse, ma tra di esse due mi sembrano le più peculiari: il rilievo della “politica istituzionale” della Corte costituzionale, chiamata “a controllare la maggioranza che si esprime nella legge”<sup>11</sup>, e la forza delle sue sentenze che hanno introdotto “mutamenti normativi” nelle fonti del diritto ecclesiastico<sup>12</sup>.

Anche a non volere considerare, in una prospettiva “empirica”, l’applicazione del diritto “come momento costitutivo del processo ermeneutico”, mi è parso meritare attenta considerazione, anche nello specifico tema oggetto di questa ricerca, l’autorevole insegnamento che “il rapporto tra interpretazione ed applicazione deve essere riproposto in una più articolata rimediazione su quello che resta il tema centrale della giuridicità”<sup>13</sup>.

Muovo, in questa prospettiva, dal presupposto che occorra guardare al principio di laicità, per una piena identificazione del suo significato precettivo - che oltrepassi, dunque, la soglia del significato meramente qualificatorio del modello di relazione stato-chiese, o semplicemente descrittivo del complesso delle fonti che lo sostanziano - non soltanto come dover-essere, fine-valore dell’ordinamento, ma anche come dover-fare, come compito dell’attuazione affidato ai poteri dello Stato<sup>14</sup>.

In questa prospettiva, pertanto, è indispensabile confrontarsi con “la prassi giuridica nella sua modalità attuativa” per sforzarsi di cogliere le vicende del principio “nell’attualità del suo realizzarsi”<sup>15</sup>. A

---

**BARTOLE**, *Giudici ed attuazione dei valori costituzionali*, in *www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it*, luglio 2008.

<sup>11</sup> Così **B. RANDAZZO**, *Diversi ed eguali*, cit., p. 13, che per questo motivo ritiene correttamente che “non si può assimilare *tout court* il ruolo delle Corti costituzionali a quello dei giudici comuni” (p. 14).

<sup>12</sup> Sulla politica istituzionale della Corte rinvio a **A. ALBISETTI**, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., specie p. 120 ss. (ed alle successive edizioni); l’espressione “mutamenti normativi” è di **A. CELOTTO**, *Le sentenze della Corte costituzionale sono fonti del diritto?*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 27.; sul punto rinvio anche al mio *Le fonti (pattizie) del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, nel volume collettaneo a cura di R. Botta, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 39 ss..

<sup>13</sup> Cfr. **A. FALZEA**, *Interpretazione giuridica*, nel volume collettaneo a cura di A. Di Lucia e F. Mercogliano, *Lezioni Emilio Betti (Camerino 2001- 2005)*, Satura Editrice, Napoli, 2006, che si riferisce agli studi di Luigi Mengoni ed ai suoi collegamenti filosofici con il pensiero di Gadamer.

<sup>14</sup> Scrive **A. FALZEA**, *Relazione*, cit., p. 15: “Il dover-fare [n.d.r.: nel nostro caso l’attuazione giurisprudenziale del principio di laicità] svolge un ruolo essenziale nel soddisfacimento dell’interesse concreto e di conseguenza anche nel soddisfacimento dell’interesse fondamentale, e ciò per il doppio motivo, che il dover-fare si riflette sulle modalità del dover-essere, e che solo per suo tramite gli interessi giuridici concreti passano dalla condizione di rilevanza alla condizione di efficacia”.

<sup>15</sup> Cfr. **A. FALZEA**, *Interpretazione*, cit., p. 30.



questo fine, non è sufficiente conoscere il principio di laicità nei suoi astratti profili teorici, ma occorre anche poterlo riconoscere nell'esperienza giuridica<sup>16</sup>: riferendosi in primo luogo a questa è possibile scorgerne "i nessi, le correlazioni, i condizionamenti, le implicazioni, ma anche le discontinuità, le contraddizioni, i conflitti, le negazioni"<sup>17</sup>.

L'esigenza, tempestivamente segnalata all'alba della nostra democrazia, di "saggiare le concezioni teoriche alla stregua della garanzia di libertà dell'individuo"<sup>18</sup> si coniuga con l'esigenza di saggiarle alla stregua della effettività delle garanzie con cui oggi l'ordinamento della Repubblica assiste le libertà di religione e l'uguaglianza di tutti, il pluralismo religioso e culturale, la sovranità dello Stato nel suo ordine, e così via elencando, e realizza così il processo di concretizzazione del principio di laicità<sup>19</sup>.

La ricerca copre il periodo di tempo che va dalla sentenza n. 203 del 1989 della Corte costituzionale - secondo la quale l'interpretazione sistematica degli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Carta<sup>20</sup> consente

---

<sup>16</sup> In anni lontani affermava **S. PUGLIATTI**, *La giurisprudenza come scienza pratica*, ora ripubblicato con altri saggi dell'A. nella raccolta *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 101 ss., che non può esservi separazione tra "la scienza giuridica, orientata verso la conoscenza" e la "tecnica giuridica, che traduce in precetti pratici la formulazione della scienza" (p. 107).

<sup>17</sup> Cfr. **B. PASTORE**, *L'immagine del diritto come esperienza*, in *Politeia*, n. 91, 2008, p. 43. Nello stesso numero, nel Forum dedicato a diversi profili del tema generale *Esperienza e diritto*, si vedano anche gli interventi di **P. CAPPELLINI**, *Vedi alla voce "esperienza giuridica": senso e non senso di una problematica*, p. 52 ss.; **R.M. CALCATERRA**, *Socialità dell'esperienza e creatività dell'IO in G.H. Mead*, p. 64 ss.; **G. TUZET**, *Le varietà dell'esperienza*, p. 74 ss..

<sup>18</sup> L'esigenza era stata messa in luce da **L. SCAVO LOMBARDO**, *Sulla condizionalità della trascrizione civile del matrimonio canonico alla volontà degli sposi*, in *Foro it.*, 1947, I, 251 s.. Anche **C. MAGNI**, *Teoria del diritto ecclesiastico civile*, I, I fondamenti, 2<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 1952, p. 27 ss., segnalava agli studiosi della disciplina l'importanza di distinguere il *diritto vigente*, inteso "come sistema di tutte le possibilità offerte dal diritto per possibili effetti giuridici attuali", dal *diritto vivente*, inteso "come sistema concreto di tutte le verificazioni entro fatti esistenziali concreti delle norme giuridiche vigenti".

<sup>19</sup> Sull'ampiezza del "panorama delle laicità" e sulle peculiarità della laicità "all'italiana" (o, come preferisce **S. SICARDI**, *Il principio di laicità*, cit, p. 502, "in versione italiana") si vedano **S. DOMIANELLO**, *Sulla laicità nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 98 ss.; **P. CAVANA**, *Modelli di laicità nelle società pluraliste: la questione dei simboli religiosi nello spazio pubblico*, nel volume collettaneo a cura di **M. PARISI**, *Simboli e comportamenti religiosi nella società plurale*, ESI, Napoli, 2006, p. 43 ss., e, da ultimo, il mio *Le laicità e le democrazie*, cit.

<sup>20</sup> Il mio tentativo di giustificazione teorica della lettura sistematica risale, in particolare, a *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Giuffrè, Milano, 1974, ed a *Post-confessionismo e transizione*, Giuffrè, Milano, 1980. In quegli anni anche per **C.**



all'interprete di enucleare il "principio supremo di laicità" - ai giorni nostri<sup>21</sup>, per esaminare la ricaduta della (svolta della) giurisprudenza costituzionale sulla giurisprudenza ordinaria.

## 2 - I «come» della ricerca

Per il reperimento delle pronunce del giudice civile (di legittimità e di merito) ho utilizzato la banca dati *De Jure*<sup>22</sup> ed ho fatto ricorso alle parole chiave "laicità", "laicismo", "confessionismo", "confessionalità" ed ai correlati aggettivi. Non posso dunque assicurare la completezza della ricerca: il ricorso ad altre banche dati, ad altre parole chiave, allo spoglio delle riviste (*on line* o cartacee), alle altre fonti di conoscenza della giurisprudenza (specie di merito), potrebbe forse offrire risultati in parte diversi ed in aumento.

La possibilità di fruire di maggiori dati quantitativi non si ritiene che possa acquisire grande rilievo d'ordine qualitativo. Finalità della ricerca, infatti, era quella di verificare per grandi linee se e come i giudici ordinari abbiano dato applicazione, nel corso dei venti anni trascorsi dalla sua prima formulazione, al principio affermato in modo così solenne dal giudice delle leggi che, in questo stesso arco di tempo preso in considerazione, lo ha costantemente ribadito e, per così dire, consolidato nei fondamenti, arricchito nei contenuti ed affinato nelle analisi.

La giurisprudenza costituzionale, nella sua evoluzione, ha seguito questo percorso con mezzi e strade diverse.

Lo ha fatto con il porre il principio di laicità al vertice della gerarchia sostanziale dei principi costituzionali, come tale caratterizzante la forma repubblicana dello Stato ed irreformabile.

Lo ha fatto, ancora, con l'indicare i peculiari riflessi destinati alla immediata e diretta operatività, in virtù della intrinseca forza normativa del principio - ossia le "regole" per il cui tramite il principio

---

**CARDIA**, *La riforma del Concordato. Dal confessionismo alla laicità dello Stato*, Einaudi, Torino, 1980, il disegno costituzionale richiedeva che si interpretasse "il problema della laicità e della libertà religiosa in rapporto a un telaio complessivo di norme, principi, valori che dovevano valere nei diversi centri di vita istituzionale e comunitaria" (p. 113 s.).

<sup>21</sup> Per esattezza, l'arco temporale considerato va dal maggio 1989 al 31 ottobre 2008.

<sup>22</sup> La banca dati *De Jure* è il sistema integrato di informazione giuridica che rappresenta la versione aggiornata di *Juris Data*, anch'esso della casa editrice Giuffrè.



trova la possibilità di agire con efficacia<sup>23</sup>, in relazione a un caso concreto e nei limiti esegetici e ricostruttivi consentiti da “quel” caso - nei molteplici settori dell’ordinamento civile coinvolti nella disciplina di interessi rilevanti per il diritto ed afferenti l’esperienza religiosa individuale e/o comunitaria.

Lo ha fatto, infine, con l’affermarne la “supremazia” nei confronti delle diverse tipologie di fonti che a questa disciplina presiedono, con riguardo tanto a quelle di produzione unilaterale del legislatore (nazionale e regionale) quanto a quelle di “derivazione pattizia” (ex art. 7, secondo comma, Cost.) benché dotate, sempre ad avviso del giudice delle leggi, di “copertura” costituzionale.

### 3 – I «dati» della ricerca

I dati numerici in cui si sostanziano gli esiti della ricerca potranno forse sorprendere: appena 14 sentenze del giudice della legittimità<sup>24</sup>, e 5 pronunce dei giudici di merito<sup>25</sup>, contengono un formale, espresso richiamo alla laicità, evocata dall’organo che pronuncia o da questi solo richiamata perché a sua volta evocata da altro giudice (la Corte costituzionale) delle cui pronunce si è ritenuto di dare atto.

Adottando un criterio non rigorosamente formalistico, ossia ritenendo evocato il principio quando in forma espressa ne siano richiamati i suoi caratteri costitutivi (ad esempio la reciproca distinzione degli ordini dello Stato e delle confessioni religiose, la loro uguale libertà, ecc.), si contano 16 pronunce della Corte di cassazione<sup>26</sup>. Si è rivelata più complessa, e suscettibile di apprezzamenti ad elevato tasso di discrezionalità, l’individuazione di pronunce nelle quali il

---

<sup>23</sup> È questa possibilità quella che chiama la “possibilità nomica”, ossia “la possibilità-relativa-a-regole”, **A.G. CONTE**, *Dimensioni di libertà*, nel volume collettaneo a cura di A. Di Lucia e F. Mercogliano, *Lezioni Emilio Betti*, cit., p. 7.

<sup>24</sup> Cfr. Cass., sezioni unite, 22 agosto 1989, n. 482; 28 agosto 1990, n. 8870; 19 luglio 1991, n. 8028; 18 novembre 1997, n. 11432; 18 settembre 2002, n. 13666; 10 luglio 2006, n. 15614; sez. lavoro, 21 novembre 1991, n. 12530; 16 giugno 1994, n. 5832; 12 marzo 2003, n. 3614; 25 novembre 2003, n. 18008; 4 febbraio 2005, n. 2243; sez. I, 1 ottobre 1997, n. 9585; 27 ottobre 1999, n. 12077; sez. III, 11 giugno 1999, n. 5752.

<sup>25</sup> Trib. Bologna 5 febbraio 1997; Trib. L’Aquila 23 ottobre 2003; Trib. Bologna 24 marzo 2005; Trib. L’Aquila 1 aprile 2005; App. Napoli 11 maggio 2007.

<sup>26</sup> Possono aggiungersi Cass., sez. lavoro 2 dicembre 2002, n. 17096; Cass., sez. trib. 3 febbraio 2006, n. 2412.



richiamo al principio di laicità appaia forzatamente e/o inspiegabilmente omesso<sup>27</sup>.

Ben poca cosa, in definitiva; ed il risultato resterebbe comunque magro se altre metodologie di ricerca potessero anche fare raddoppiare il numero delle pronunce oggetto della ricerca.

Una prima valutazione di massima consente di ritenere, pertanto, che la ricognizione del principio ad opera dei giudici delle leggi non abbia determinato un incremento delle aspettative verso la soluzione giudiziaria dei conflitti imperniati sulla rilevanza del fattore religioso e dell'appartenenza confessionale<sup>28</sup>, malgrado anch'esso, al

---

<sup>27</sup> Così, in via esemplificativa, nelle pronunce Cass., sezioni unite, 18 luglio 2008, n. 19809; Trib. Padova 29 maggio 2000, Trib. Napoli 26 marzo 2005.

Può ritenersi paradigmatica della categoria la pronuncia App. Firenze, 21 maggio 1999 (in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2000, p. 916) secondo cui «le ambiguità del testo dell'Accordo 18 febbraio 1984 di revisione del Concordato Lateranense dell'11 febbraio 1929 tra la Santa Sede e lo Stato italiano, reso esecutivo con l. 25 marzo 1985 n. 121, impongono il ricorso ai principi ermeneutici complementari previsti dall'art. 32 della convenzione di Vienna del 1986, ratificata con l. 15 febbraio 1989 n. 91, applicabili ad ogni soggetto, territoriale o meno, di diritto internazionale, in forza dei quali, in una prospettiva che privilegi l'interpretazione sistematica e di buona fede ex art. 31 della convenzione cit., alla luce dello scopo e della volontà delle parti contraenti, è dato desumere la conservazione di una posizione di preminenza della Chiesa cattolica con la conseguenza che, essendo rimasto in vigore, nonostante i rilevanti mutamenti dell'assetto istituzionale dello Stato italiano, il sistema originario del Concordato del 1929, permane anche la riserva di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici sulle controversie in materia di nullità del matrimonio concordatario, istituto coerente e compatibile con l'Accordo del 1984, ove si è peraltro precisato (art. 4 lett. B, del relativo Protocollo addizionale) che "si dovrà tener conto della specificità dell'ordinamento canonico", specificità consistente nel fatto che l'ordinamento canonico non riguarda cittadini stranieri o anche solo una minoranza della popolazione italiana, ma concerne - con riferimento alla scelta del matrimonio cattolico - la stragrande maggioranza della popolazione italiana; a nulla rileva poi sotto tale profilo l'argomento, di natura prettamente formale, fondato sull'art. 13 del medesimo Accordo, nella parte in cui stabilisce che "le disposizioni del Concordato non riprodotte nel presente testo sono abrogate", in quanto tale norma si riferisce a disposizioni specifiche e non anche ad un istituto (o principio) di carattere generale, quale è la suddetta "riserva" di giurisdizione ecclesiastica. Pertanto, sussiste carenza di giurisdizione dei giudici dello Stato italiano a conoscere le domande di nullità del matrimonio concordatario».

<sup>28</sup> La ricerca di **A. GUAZZAROTTI**, *Giudici e minoranze religiose*, Giuffrè. Milano, 2001, ha invece preso «spunto dall'osservazione che l'accentuarsi del pluralismo religioso scarica aspettative sempre maggiori verso la soluzione giudiziaria dei conflitti "culturali"»; la divergenza è solo apparente perché, come nota l'A., «dietro i conflitti da "pluralismo religioso" si delineano in modo crescente scenari da "scontro di civiltà" [...] Gli stessi soggetti interessati tendono a presentare la controversia giurisprudenziale non solo come mera invocazione di principi quali libertà religiosa o



pari dei principi generali, sia chiamato ad assolvere “una funzione interpretativa, integrativa, direttiva, limitativa, propulsiva”<sup>29</sup>.

Lo spettro dell’indagine si rivela ancora più circoscritto, ed in misura significativa, osservando i settori del diritto ecclesiastico oggettivo interessati dai singoli provvedimenti.

Delle cinque pronunce dei giudici di merito (quattro di tribunale, una di Corte d’Appello) ben tre si sono occupate delle vicende (di mero rilievo simbolico) relative alla esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, una del rapporto tra giudicati in un caso di sentenza di cessazione degli effetti civili di un matrimonio canonico trascritto cui aveva fatto seguito (la richiesta di delibazione di) una sentenza di tribunali ecclesiastici che ne aveva dichiarato la nullità, una di addebito in tema di separazione personale dei coniugi.

Delle quattordici pronunce di legittimità quattro hanno avuto ad oggetto un regolamento di giurisdizione (riconosciuta in capo al giudice ordinario, e non più in capo a quello amministrativo) in materia di rapporto di lavoro dei dipendenti delle Comunità (dapprima denominate israelitiche, ed ora) ebraiche, che dopo l’abrogazione della previgente disciplina non hanno più motivo di essere; altre quattro, problematiche varie in materia di istruzione (in due casi il licenziamento di insegnanti che svolgevano la loro attività presso un ente “di tendenza”; in un altro caso la revoca del c.d. “gradimento” da parte dell’ordinario diocesano in danno di un insegnante di religione nella scuola pubblica; nel quarto caso la condizione degli studenti “non avvalentisi” dell’insegnamento facoltativo della religione); una il riparto della giurisdizione nelle controversie concernenti il sostentamento del clero; una la materia dell’espropriazione di un edificio di culto appartenente a privato; una la materia delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza; una la materia (della non remunerabilità) del lavoro del religioso che abbia prestato la sua attività in favore della congregazione di appartenenza; una il tema del riconoscimento del figlio naturale nel caso di convinzione religiosa del genitore naturale negatrice della laicità; una il tema dell’esposizione del crocifisso in un’aula scolastica; una il tema della formula del

---

laicità o simili, ma come contrapporsi di distinte comunità, ovvero di minoranze *versus* maggioranza» (p. 1).

<sup>29</sup> In questi termini **G. ALPA**, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993 (il volume fa parte del *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti), p. 169, riassume la funzione dei principi nel contesto dei criteri ordinanti prospettati da **N. BOBBIO**, voce *Principi generali di diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIII, Utet, Torino, 1966, p. 887 ss.. Sempre **G. ALPA**, *Laicità e diritto privato*, cit., p. 211, ha affermato che “laicità è un principio generale del diritto, in particolare del diritto italiano”.



giuramento suppletorio; ed una, infine (la più recente), il tema della delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale e del controllo della non contrarietà della stessa all'ordine pubblico.

Merita ancora di essere segnalato che la Suprema Corte si è pronunciata ben sei volte a sezioni unite; che delle restanti otto sentenze cinque sono della sezione lavoro, due della I sezione ed una della III sezione.

#### **4 – Il principio di laicità, l'interpretazione adeguatrice ed il diritto ecclesiastico positivo**

I rapporti tra giudice delle leggi e giudice della legittimità in materia di esegesi delle fonti, è noto, sono stati contrassegnati dalla complessità dei criteri di delimitazione delle competenze e da qualche divergenza di vedute. Ciò malgrado, subito dopo l'affermazione del principio della laicità dello Stato ad opera della Corte costituzionale, l'esordio della Corte di cassazione era parso aperto e promettente.

Quest'ultima, infatti, sebbene per un verso abbia affermato (e ribadito anche di recente) di dovere escludere un suo «monopolio della interpretazione della legge e quindi della individuazione del cosiddetto "diritto vivente"», per altro verso ha anche negato (e continua a negare) "l'esistenza di un vincolo *erga omnes* derivante da pronunce costituzionali interpretative di rigetto o d'inammissibilità"<sup>30</sup>. E tuttavia, la Corte, "pur ribadendo l'inesistenza di un vincolo giuridico formale", ha riconosciuto alla categoria delle pronunce del giudice delle leggi sopra ricordata un "valore di precedente autorevole ... che si presenta particolarmente rafforzato"<sup>31</sup>.

A suo avviso, dunque, ragioni di opportunità richiedono che essa si adegui alla interpretazione della legge prospettata dalla Corte costituzionale nella parte motiva di una sentenza interpretativa di rigetto, ed agli eventuali principi da essa individuati che presiedono alla interpretazione dell'intero sistema normativo in vigore; e ciò anche al fine di esercitare in modo confacente il potere-dovere di praticare un'interpretazione conforme al dettato costituzionale nella lettura che di esso dà il giudice delle leggi.

Il ruolo della interpretazione adeguatrice conforme a Costituzione e del sindacato "diffuso" di legittimità spettante al giudice ordinario (inteso in senso lato) è - occorre tenerne conto - di peculiare

---

<sup>30</sup> Così Cass., sez. un., 2 dicembre 2004 n. 22601.

<sup>31</sup> Così Cass. pen., sez. un., 31 marzo 2004 n. 23106.



rilievo nell'ambito delle materie che delimitano l'area del diritto ecclesiastico positivo, specie quando quell'interpretazione assuma una vera e propria funzione normativa<sup>32</sup>.

Al riguardo, infatti, assume rilievo la circostanza che pressoché l'intero corpo legislativo che lo costituisce, sia unilaterale sia di derivazione pattizia, è antecedente al "disvelamento" del principio di laicità ad opera della Corte costituzionale<sup>33</sup>, e che una parte non trascurabile di esso è stata emanata addirittura sul finire degli anni venti del secolo passato, nella vigenza della Statuto albertino: un corpo legislativo, dunque, che, per ispirazione e contenuti, "imponesse un cambio risoluto"<sup>34</sup>, a dispetto di ogni possibile timore del vuoto legislativo che avrebbe potuto essere prodotto dal succedersi di sentenze di accoglimento, e che invece non ha visto giungere a conclusione alcun tentativo di "riscrittura".

La "perdurante inerzia del legislatore"<sup>35</sup> in ogni settore è stata interrotta soltanto dalla novella legislativa che ha interessato le norme

---

<sup>32</sup> Segnala **A. PIZZORUSSO**, *I principi generali nel diritto: l'esperienza pubblicistica*, in *I principi generali*, cit., p. 241 s., che «quando venne impiegata, soprattutto ad opera della Corte costituzionale, la tecnica dell' "interpretazione adeguatrice" [...] era chiaro già allora [...] che la fissazione dei principi generali, sia che venisse compiuta direttamente dal legislatore, sia che avvenisse ad opera dell'interprete, si risolveva in ogni caso in una vera e propria attività normativa, anche se caratterizzata dal fatto di essere destinata a dettare soltanto regole qualificate da un alto tasso di generalità».

<sup>33</sup> Come nota **N. COLAIANNI**, *Poteri pubblici*, cit., p. 3, "le linee-guida per l'interpretazione (e per il progresso della legislazione) secondo laicità erano bell'e pronte nella Costituzione: a) eguaglianza, sotto forma anche di ragionevolezza del sistema, nella libertà di tutte le confessioni, b) rigorosa distinzione di ordini, c) non confessionalità"; e parte della dottrina non aveva mancato di coglierle anzitempo nel contesto di una interpretazione sistematica del "micro-sistema" delle norme della Costituzione afferenti il fenomeno religioso, individuale e associato.

Pur essendo, dunque, «la laicità all'italiana [...] tutta di matrice giurisprudenziale [...] ciò non significa che si tratti di "invenzione" della Corte costituzionale» (così **B. RANDAZZO**, *Diversi ed eguali*, cit. p. 128) come invece riteneva **F. FINOCCHIARO**, *La Repubblica italiana non è uno Stato laico*, in *Dir. eccl.*, 1997, I, p. 11 ss.

<sup>34</sup> Adopera l'espressione **S. BERLINGÒ**, *Il sistema dell'istruzione*, nel volume collettaneo a cura di R. Botta, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 15, con riguardo alla sentenza n. 36 del 1958 della Corte con cui ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 3 l. 19 gennaio 1942 n. 86, che disciplinava le condizioni per l'autorizzazione all'esercizio di istituti scolastici privati dell'ordine medio e superiore, sebbene fosse «ben consapevole del vuoto legislativo - o, per usare la sua espressione, della "carenza" - che sarebbe venuta "a determinarsi in un delicato settore dell'ordinamento"».

<sup>35</sup> Nella sentenza Corte cost. n. 440 del 1995 si legge: "la perdurante inerzia del legislatore non consente di protrarre ulteriormente l'accertata discriminazione, dovendosi affermare la preminenza del principio costituzionale di uguaglianza in materia di religione su altre esigenze pur apprezzabili, ma di valore non comparabile" (con riferimento all'art. 724 c.p.).



del codice penale in materia di delitti contro il sentimento religioso, cadute una ad una sotto la scure dei giudici di palazzo della Consulta, debitamente sollecitati dal giudice ordinario penale nella loro opera “continua, paziente e faticosa di riparazioni parziali e di rattoppi” che non può, tuttavia, avere la pretesa di instaurare la “vera laicità”<sup>36</sup>.

Il giudice, dunque, deve misurarsi con una disciplina contrassegnata dalla inattuazione costituzionale, di cui è responsabile il legislatore, che esige di riflesso una fattiva opera di interpretazione adeguatrice idonea ad assolvere l’obbligo di interpretazione conforme a Costituzione<sup>37</sup>. L’operato del giudice ordinario (e l’agire della P.A.), così, consente di misurare l’effetto di irraggiamento (il c.d. *Ausstrahlungswirkung*) del principio costituzionale di laicità, verificando se vi sia, e quanto sia del caso rilevante, “l’effetto adeguatore delle norme di legge ordinaria”<sup>38</sup> prodotto dalla sua (prassi di) immediata e diretta applicazione<sup>39</sup>, e come esso concorra a determinare il significato normativo anche delle leggi anteriori alla stessa Carta<sup>40</sup>: non i “valori”, ma le “regole” che ne consentono la concreta attuazione (poste dal legislatore, individuate dal giudice, applicate nella prassi della pubblica amministrazione in conformità ai valori) realizzano il governo della società democratica.

---

<sup>36</sup> Le parole di **G. SILVESTRI**, *Uguaglianza, ragionevolezza, e giustizia costituzionale* (nella stesura provvisoria della relazione al Convegno su “Le ragioni dell’uguaglianza: tutela delle differenze e riduzione delle disuguaglianze”, Milano, 15-16 maggio 2008, in corso di stampa) possono bene essere riferite, oltre che al principio di uguaglianza, al principio di laicità.

<sup>37</sup> Ma sempre sul giudice gravano altri obblighi di grande rilievo nel campo in esame, ossia “l’obbligo di disapplicazione della norma interna contrastante col diritto comunitario [...] e l’obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo”: così **B. RANDAZZO**, *Diversi ed eguali*, cit., p. 11.

<sup>38</sup> L’espressione è di Cass., sez. un., n. 22601 del 2004.

<sup>39</sup> Ricorda **S. BARTOLE**, *Giudici ed attuazione*, cit., che «quando con sentenza 30 luglio 1953 n. 2593 le Sezioni unite civili della Corte di cassazione hanno ritenuto che “con l’art. 111 della Costituzione si sia voluto ammettere il ricorso per cassazione in tutti i casi in cui il legislatore ordinario abbia escluso l’impugnazione in deroga al principio generale”», la Corte suprema è entrata così «in un rapporto diretto con la Costituzione, senza rinviare l’attuazione di questa all’intermediazione del legislatore, ovvero del giudizio della Corte costituzionale».

<sup>40</sup> Cfr. **A. FALZEA**, *Interpretazione*, cit., p. 27. Per l’A. la prassi adeguatrice “si regge su due principi rigorosi: il principio di adattamento del diritto al fatto ed il principio di convenienza dell’effetto giuridico al fatto giuridico: i due principi si basano sull’esigenza che la regola del caso concreto debba conformarsi alle esigenze inerenti alla situazione di interesse che in concreto ha messo in moto il processo di attuazione del diritto; e debba nello stesso tempo costituire la soluzione più confacente a tutti i valori che quel caso mette in campo”.



## 5 - I rischi dell'interpretazione adeguatrice

Occorre tenere presente il rischio che l'interpretazione adeguatrice del giudice - dopo "la caduta del mito" che egli fosse mera *bouche de la loi*, e la presa d'atto che è ormai divenuto *bouche du droit*<sup>41</sup> - possa sconfinare nel campo riservato al governo ed al legislatore<sup>42</sup>. Un rischio tanto più accentuato quanto più l'uno e l'altro, ognuno per quanto di competenza, sono restii o tardi nell'accingersi all'opera di adeguamento delle fonti pattizie ed unilaterali pre-vigenti al fine di porre rimedio agli aspetti incongruenti o lacunosi della vigente normativa<sup>43</sup>.

L'esercizio del potere discrezionale di attuazione del principio (di quello della laicità come di ogni altro) si rivela, infatti, suscettibile di ampiezze ed intensità diversamente modulabili<sup>44</sup>, sempre nei limiti del rispetto della Carta, ogni qual volta il giudice ricerchi per la soluzione del caso concreto la più confacente a tutti i valori che per quel caso entrano in gioco, ed alcuni di essi siano stati trascurati o pretermessi dalla norma ordinaria che egli è chiamato ad applicare.

Non possono dirsi del tutto infondati, dunque, i timori espressi da più parti che l'interpretazione adeguatrice, per la sua naturale forza "creativa"<sup>45</sup>, possa condurre all'esercizio di una "funzione di

---

<sup>41</sup> Così **B. RANDAZZO**, *Diversi ed eguali*, cit., p. 11, ricorda "la felice espressione" di **V. ONIDA**, *Una nuova frontiera per la Corte costituzionale: istituzione "di confine" fra diritto nazionale e sopranazionale*, nel volume collettaneo a cura di N. Zanon, *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, Napoli-Roma, 2006, p. 538.

<sup>42</sup> Per quanto ora ci riguarda, ha segnalato "il ruolo creativo assunto dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, che talvolta ha travalicato la soglia della interpretazione in via di esegesi delle fonti normative" **N. MARCHEI**, *La giurisdizione dello Stato sul matrimonio "concordatario" tra legge e giudice*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 105.

<sup>43</sup> Ha osservato da ultimo **S. BARTOLE**, *Il potere giudiziario*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 15, che "nella misura in cui i giudici si trovano spesso a dover decidere sulla base di disposizioni legislative ambigue o in presenza di vuoti normativi (lacune), anche la giurisdizione viene dunque a configurarsi come una funzione almeno parzialmente produttiva di diritto".

<sup>44</sup> Osserva **G. ALPA**, *Laicità e diritto privato*, cit., p. 218, che «il principio supremo di laicità dello Stato, come tutti i principi, è una formula che si adatta via via, dovendo "relativizzarsi" a seconda delle esigenze e degli orientamenti interpretativi del momento».

<sup>45</sup> **R. ROMBOLI**, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità* (in [www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it](http://www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it)), ha ricordato che già **M. CAPPELLETTI**, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, p. I, aveva asserito che la natura creativa dell'attività interpretativa costituisca una "verità banale"; sulla formazione giurisprudenziale del diritto si vedano anche **L. LOMBARDI**, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967; **G. ALPA**, *L'arte*



supplenza" da parte dell'ordine giudiziario. Una funzione di fatto esercitata non di rado anche nella nostra materia sia dal giudice delle leggi<sup>46</sup> (con un "conflitto da interferenza" di speciale rilievo perché erano in fase avanzata le trattative tra lo Stato e la Santa Sede per la revisione del concordato lateranense<sup>47</sup>), sia dal giudice di legittimità. Quest'ultimo, ad esempio, ha ricostruito il sistema della disciplina processuale di attuazione dell'art. 8 del Nuovo Accordo del 1984 per la parte relativa al giudizio di "delibazione" delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, sopperendo (con l'ausilio dei principi e delle regole del diritto processuale civile) al vuoto normativo determinato dalla mancata predisposizione (pur essendo già trascorsi venticinque anni dall'entrata in vigore della legge di esecuzione del nuovo Accordo) della disciplina integrativa e di dettaglio della norma pattizia, destinata a sostituire la vecchia, superata legge matrimoniale del 1929.

Il rischio che i confini tra potere legislativo e ordine giudiziario siano oltrepassati da pronunce che assolvano il compito della produzione normativa - che non può essere sottaciuto, ma che non può neanche essere enfatizzato al fine di impedire o ritardare il necessario adeguamento della disciplina legislativa - trova nell'ordinamento il suo specifico rimedio: qualora si concretizzasse, infatti, esso potrebbe "dar luogo soltanto ad un'ipotesi di conflitto, che può essere denunciato soltanto dagli organi dello stesso potere legislativo"<sup>48</sup>.

---

*di giudicare*, Laterza, Roma-Bari, 1996; e, da ultimo, **AA.VV.**, *La création du droit per le juge*, Dalloz, Paris, 2007; **E. CHELI, F. DONATI**, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2007/1, 155 ss..

<sup>46</sup> Basti ricordare la distinzione giurisprudenziale tra "casi", tassativi, di intrascrivibilità del matrimonio canonico previsti dall'art. 12 della legge n. 848 del 1929 e "cause" di intrascrivibilità del medesimo, desunte dal sistema di regole in materia di capacità negoziale, che ha consentito di impugnare l'avvenuta trascrizione del matrimonio canonico dell'incapace naturale e del minore d'età. Cfr. Corte cost. 1° marzo 1971 n. 32, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 16 della legge n. 847 del 1929 (c.d. legge matrimoniale) "nella parte in cui stabilisce che la trascrizione del matrimonio può essere impugnato solo per una delle cause menzionate nell'art. 12 e non anche perché uno degli sposi fosse, al momento in cui si è determinato a contrarre il matrimonio in forma concordataria, in stato di incapacità naturale", e Corte cost. 2 febbraio 1982 n. 16, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 12 della legge matrimoniale "nella parte in cui non dispone che non si faccia luogo alla trascrizione anche nel caso di matrimonio canonico contratto da minore infrasedicenne o da minore che abbia compiuto gli anni sedici ma non sia stato ammesso al matrimonio ai sensi dell'art. 84 c.c."

<sup>47</sup> Le decisioni hanno di fatto interferito sull'andamento delle trattative, determinando, per l'autorevolezza dell'organo giudicante ed il contenuto specifico delle pronunce, immediate e conseguenti modifiche delle bozze di revisione.

<sup>48</sup> Così Cass., sez. un., n. 22601 del 2004.



## 6 – L'interpretazione adeguatrice e la discrezionalità del giudice

La peculiare valenza dell'interpretazione adeguatrice ed il ruolo del giudice ordinario risultano, infine, ancora più significativi alla luce del consolidato indirizzo del giudice delle leggi che, come suole ripetere, ha «più volte affermato che “in linea di principio, le leggi non si dichiarano

---

Possiamo ricordare che la Corte costituzionale si è pronunciata di recente (ordinanza 8 ottobre 2008 n. 334) sull'ammissibilità di conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato sorti a seguito della sentenza Cass., sez. I, 16 ottobre 2007 n. 21748, e del decreto della Corte App. Milano, Sez. I, 25 giugno 2008, nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione (Englaro, n. 88/20). La Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica con due distinti ricorsi hanno sollevato conflitto di attribuzione nei confronti dell'Autorità giudiziaria, deducendo che la sentenza n. 21748 del 2007 della Corte di cassazione ed il decreto 25 giugno 2008 della Corte di appello di Milano avrebbero usurpato, e comunque menomato, le attribuzioni legislative del Parlamento, e che, in particolare, tali provvedimenti, venendo a stabilire termini e condizioni affinché possa cessare il trattamento di alimentazione ed idratazione artificiale cui è sottoposto un paziente in stato vegetativo permanente, avrebbero utilizzato la funzione giurisdizionale per modificare in realtà il sistema legislativo vigente, così invadendo l'area riservata al legislatore. Per i ricorrenti, i giudici avrebbero «creato una disciplina innovativa della fattispecie, fondata su presupposti non ricavabili dall'ordinamento vigente con alcuno dei criteri ermeneutici utilizzabili dall'autorità giudiziaria». La Corte ne ha dichiarato l'inammissibilità - alla luce della sua costante giurisprudenza, secondo la quale l'ammissibilità di un conflitto avente ad oggetto atti giurisdizionali sussiste «solo quando sia contestata la riconducibilità della decisione o di statuizioni in essa contenute alla funzione giurisdizionale, o si lamenti il superamento dei limiti, diversi dal generale vincolo del giudice alla legge, anche costituzionale, che essa incontra nell'ordinamento a garanzia di altre attribuzioni costituzionali» (conforme ordinanza n. 359 del 1999; nello stesso senso, tra le più recenti, sentenze n. 290, n. 222, n. 150, n. 2 del 2007) - perché «un conflitto di attribuzione nei confronti di un atto giurisdizionale non può ridursi alla prospettazione di un percorso logico-giuridico alternativo rispetto a quello censurato, giacché il conflitto di attribuzione “non può essere trasformato in un atipico mezzo di gravame avverso le pronunce dei giudici” (ordinanza n. 359 del 1999; si veda altresì la sentenza n. 290 del 2007)».

La Corte non ha, peraltro, rilevato “la sussistenza nella specie di indici atti a dimostrare che i giudici abbiano utilizzato i provvedimenti censurati – aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie – come meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare”, ed ha ancora osservato che “d'altra parte, il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti”.

L'ordinanza della Corte n. 334 del 2008 è ora commentata da **R. ROMBOLI**, *Il conflitto*, cit.



costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali”»<sup>49</sup>.

È proprio la necessità di questo sforzo interpretativo che aggrava il rischio dello sconfinamento del giudice nel terreno proprio del legislatore, unitamente alla rivendicazione del compito precipuo di nomofilachia assegnato al giudice della legittimità, tanto più rilevante dopo la novella dell’art. 374 c.p.c. relativa alla non modificabilità da parte delle sezioni semplici dei principi di diritto formulati dalle sezioni unite della Corte di cassazione. Quello sforzo e quella rivendicazione possono, in astratto, rafforzare l’ampiezza e l’intensità dell’apporto giurisprudenziale nella definizione, articolazione, delimitazione ed attuazione concreta e progressiva del principio di laicità nei diversi settori dell’ordinamento in cui il giudice è chiamato ad operare.

L’ordinato superamento della condizione di incertezza, di “fluidità”<sup>50</sup> che connota questo principio (al pari degli altri principi, per definizione e per struttura non applicabili in via diretta ed immediata<sup>51</sup> perché “non sempre pienamente riducibili agli schemi formali delle situazioni giuridiche soggettive o dei limiti oggettivi alla esplicazione dei poteri”<sup>52</sup>) richiede, infatti, che si strutturi e consolidi un orientamento di fondo atto a guidare e rendere verificabile la scelta (in via esemplificativa) tra le contrarie (ed ambedue plausibili) opzioni della “neutralità” dello Stato e del “fattivo intervento generalizzato” dei

---

<sup>49</sup> Cfr. Corte cost. 16 marzo 2007 n. 85, che richiama le sue precedenti sentenze n. 301 del 2003 e n. 356 del 1996; e, da ultimo, Corte cost. 30 luglio 2008 n. 308.

<sup>50</sup> Ha richiamato la “fluidità” del principio di laicità **C. MIRABELLI**, *Prospettive del principio di laicità dello Stato*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2001/1, p. 331; ma non sarebbe improprio, come si vedrà nel prosieguo, richiamare in via metaforica il concetto della “liquidità” di Zygmunt Bauman. Anche per **B. PASTORE**, *Condizioni di laicità*, in *Ragion pratica*, 1/2007, p. 7, «“laicità” è nozione, invero fluida, che rimanda alla storia delle idee ed alla storia delle istituzioni».

<sup>51</sup> Ha giustamente ricordato **A. SPADARO**, *Laicità e confessioni religiose: dalle etiche collettive (laiche e religiose) alla “meta-etica” costituzionale*, (Relazione al Convegno nazionale A.I.C., Napoli 26 -27 ottobre 2007, sul tema “*Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*”, che può leggersi in *www.astrid-on line*), come «“ogni” principio costituzionale - sia esso esplicito nella Carta o, come più spesso accade, di derivazione giurisprudenziale - debba sempre e comunque essere “agganciato” alle altre disposizioni (principi e regole) costituzionali: è piuttosto difficile, insomma, immaginare un principio idoneo ad essere applicato autonomamente» (p. 15, nt. 44), in risposta a **A. BARBERA**, *Il cammino della laicità*, cit., p. 42 s., per il quale il principio in questione “non ha valenza dogmatica; non è un principio in senso proprio, suscettibile di essere applicato autonomamente, prescindendo dall’ausilio dei diversi principi costituzionali cui si collega”.

<sup>52</sup> Così nel mio *I rapporti tra lo stato repubblicano e le confessioni religiose nel 1984: i “nuovi accordi”*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1984, p. 189.



pubblici poteri per il soddisfacimento di interessi legati alle esperienze “di fede”, individuali e/o collettivi, di formazioni “allo stato diffuso” e/o organizzate per il conseguimento di fini di religione e di culto.

Il rendere giustizia nel caso concreto comporterà, ancora, di confrontare prima e di comporre poi, in nome della laicità, l’uno o l’altro dei fini-valori espressi e garantiti dalle norme del micro-sistema costituzionale afferente l’esperienza religiosa (artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 Cost.) in ogni caso di conflitto “interno”, astratto o tendenziale (ad esempio, uguaglianza/libertà; indipendenza delle confessioni/sovranità dello Stato; uguale libertà di tutte le confessioni /specificità delle esigenze di ognuna di esse, ecc.): per assolvere questo compito occorrerà ridurre il livello di indeterminatezza dei singoli principi chiamati in causa, cogliere il nucleo essenziale del principio supremo, ed impedire quindi che l’affermazione indiscriminata di uno solo di essi comprometta l’attuazione e la stessa vigenza degli altri.

Il principio, infatti, dà “coerenza logica” al micro-sistema di norme su cui poggia, assolvendo il compito di coordinare i fini-valori che l’informano, di coniugarne il rispetto, di esplicitarne il “nesso di solidarietà assiologica”, di consentire quando occorre e nei limiti in cui occorre (secondo un principio di proporzionalità ed adeguatezza) la prevalenza di uno tra essi<sup>53</sup> all’esito di un’opera di (ricerca delle regole del) bilanciamento sempre in divenire, che non può racchiuderlo e cristallizzarlo in una formula immutabile, poiché “il diritto non è statico, *diventa*, si evolve continuamente” di guisa che “principi rigidi e vincolanti sarebbero ... contrari alla realtà storica del diritto”<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Scrive **G. OPPO**, *L’esperienza privatistica*, in *I principi generali del diritto*, cit., p. 220, che «una gerarchia può prospettarsi non solo in un ordine verticale - tra principi fondamentali o “sommi” o “inviolabili” e principi soltanto “generali”, [...] - ma anche tra valori e principi per così dire di pari grado e così tra principi costituzionali *inter se* quando tra gli stessi non sia possibile un semplice coordinamento senza sacrificio e subordinazione dell’uno all’altro. Né può escludersi che un rapporto di prevalenza, e dunque d’eccezione a un principio in nome di un principio diverso, sia sotto un profilo da ammettere e sotto altro da invertire».

<sup>54</sup> Cfr. **A. FALZEA**, *Relazione introduttiva*, cit., p. 23 e p. 8. Ho già ricordato come la stessa Corte costituzionale abbia parlato espressamente dell’evoluzione della sua giurisprudenza, alla quale non sfugge neanche la sua interpretazione del principio di laicità: di modo che non è senza fondamento l’osservazione che essa lo avrebbe utilizzato come “formula enfatica, per rafforzare la *ratio decidendi*” di alcune sue pronunce (**R. CALVANO**, *Il ruolo dei principi fondamentali della Costituzione nella giurisprudenza costituzionale*, nel volume collettaneo a cura di S. Staiano, *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 394, nt. 78), così come ha fondamento (per la diversità di prospettiva temporale) la contraria osservazione sullo sviluppo coerente della giurisprudenza costituzionale sul punto (**S. CECCANTI**,



Il giudice, dunque, sarà necessariamente indotto ad un apprezzamento selettivo dei valori compresenti nella Carta, e riferibili al fatto concreto, quando siano tra loro confliggenti, adoperandosi per la loro combinazione e riformulazione rispetto al dato sociologico, storico, giuridico della continua evoluzione dell'ordinamento democratico.

Il principio di laicità, dunque, coordinato con gli altri principi supremi dell'ordinamento costituzionale, ed in forza della "supremazia" che li connota e distingue - in forza di un'irretrattabile scelta costituzionale<sup>55</sup> ed in quanto espressivi di interessi fondamentali<sup>56</sup> - esprime e racchiude quella che può essere definita la "logica di sistema" chiamata a guidare l'interprete nell'esegesi di volta in volta restrittiva o estensiva delle norme, a seconda della necessità evidenziata dalla funzione adeguatrice di esse ai fini-valori che costituiscono il fondamento della Carta repubblicana. Principio supremo, dunque, che non può subire alcuna restrizione (quanto al suo nucleo essenziale) ed è sovra-ordinato rispetto ad ogni altro principio, che pure si presenti equi-ordinato quanto al rango formale, e che è soggetto (esso sì) al bilanciamento in ipotesi di conflitto ed a possibili restrizioni ai fini della risoluzione nel momento applicativo.

Esso fungerà, pertanto, da specifica e settoriale garanzia del pluralismo confessionale, da ritenersi come il valore costituzionale più importante in materia (in sostituzione del principio confessionista) in ogni campo in cui l'ordinamento ritiene che gli interessi religiosamente qualificati siano meritevoli di tutela, a garanzia dell'uguaglianza e delle concorrenti libertà (degli individui e delle confessioni) che è chiamato a garantire: la libertà a non subire alcuna costrizione in materia di credenze e di convinzioni, a non esser emarginati o discriminati a motivo di esse, a non essere omologati in forza di credenze o di convinzioni altrui.

---

*Laicità e istituzioni democratiche*, nel volume collettaneo a cura di G. Boniolo, *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Einaudi, Torino, 2006, p. 39 ss.).

<sup>55</sup> Scrive **G. OPPO**, *L'esperienza privatistica*, cit., p. 220, che "l'ispirazione civile e sociale della Costituzione investe e domina l'intero ordinamento [...] senza necessità che di ciò renda avvertiti una espressa enunciazione normativa, giacché quella ispirazione, e i valori in cui si articola, corrispondono all'essenza e alle funzioni stesse della Carta costituzionale. Ad essi deve adeguarsi la valutazione del giurista, senza che residui spazio per diverse ideologie o politiche del diritto, le une e le altre esaurite dalle scelte costituzionali".

<sup>56</sup> Scrive **A. FALZEA**, *Relazione*, cit., p. 18: "poiché l'interesse fondamentale racchiude la totalità degli interessi della società, ad esso corrisponde un principio unitario e totalizzante: principio primo dell'ordinamento e per ciò trascendente non soltanto ogni norma ordinaria ma anche ogni altro principio".



L'interprete "fedele" della Costituzione dovrà tenere conto che i principi supremi, infatti, per essere posti al vertice dell'ordinamento costituzionale e del complessivo ordinamento giuridico, "da tale posizione condizionano ogni altra regola del diritto positivo nella doppia direzione, della validità giuridica e della portata significativa"<sup>57</sup>.

Occorrerà, infine, che il giudice operi la scelta se assegnare al principio una funzione meramente interpretativa del sistema normativo o, invece, accanto a questa e ad essa sovraordinata, anche una funzione normativa in senso proprio, che consenta di enucleare disposizioni e norme che producono i medesimi effetti di ogni altro atto normativo di uguale rango, capace dunque di consentire al contempo la lettura di ogni apparato di norme la più conforme alla Costituzione e l'integrazione di quest'ultima e delle fonti ordinarie.

## 7 – I vincoli nell'attuazione del principio

In altri termini, l'attuazione del principio di laicità - ad opera del legislatore, del giudice, della pubblica amministrazione - ricostruito nei termini che l'interprete ricava dalle norme e dai principi della Costituzione che concorrono a strutturarli e definirli, non sempre è vincolata in tutti i suoi contenuti. Se la Carta non può certo dirsi "silente" in tema di laicità dello Stato - come lasciano intendere quanti sottolineano la circostanza che il principio non è formalmente enunciato in alcuna disposizione - per altro verso essa non ne dà (come per ogni altro suo principio, anche espresso) rigide formulazioni e tassative enunciazioni di contenuti, limiti, procedure attuative, affidati di regola alla potestà discrezionale del legislatore<sup>58</sup>.

Per fare un esempio tra i tanti, né il legislatore né il giudice possono modificare unilateralmente (attraverso i meccanismi di produzione normativa e di applicazione giurisprudenziale delle fonti) il disposto di una norma bilateralmente convenuta; ed ancora né l'uno né l'altro possono introdurre una regola normativa (generale o singolare che sia) in una materia che attinga l'area ristretta dei "rapporti" tra lo Stato ed una qualsiasi confessione (ex art. 8, terzo comma, Cost.), perché

---

<sup>57</sup> Così. A. FALZEA, *Interpretazione*, cit., p. 29.

<sup>58</sup> In questo senso può leggersi l'affermazione di Corte cost. 5 maggio 1995 n. 149, in tema di formula del giuramento: «Tuttavia non è senza significato sottolineare che la soluzione prescelta dal legislatore per il processo penale - nella specie assunta come *tertium comparationis* - rappresenta un'attuazione, fra quelle possibili, del "principio supremo della laicità dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica" »



in questi campi il principio di laicità ed il suo fondamento della distinzione degli ordini sono puntualmente specificati nei contenuti e nelle procedure<sup>59</sup>.

Viceversa, nessuna norma e nessun principio costituzionale impongono una specifica (o, a maggior ragione, speciale) protezione in positivo del sentimento religioso, perché la concezione “positiva” della laicità non è sufficiente ad esigere che il sentimento religioso abbia - ad esempio - una protezione penale con carattere di specialità<sup>60</sup>, o che il fine di religione o di culto comporti speciali esenzioni ed agevolazioni tributarie<sup>61</sup>, o che le autorità preposte al governo di uno spazio pubblico siano obbligate ad esporre simboli religiosi.

Nelle ipotesi appena enunciate, come in molte altre, è affidata al potere discrezionale di chi esercita la potestà normativa la scelta tra il non prestare alcuna protezione a carattere speciale (optando per la laicità “in basso”) ed il prestare un’uguale protezione per tutti (la laicità “in alto”)<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Concorda nel ritenere che il concetto costituzionale di laicità “si desum[a] innanzitutto e soprattutto dal primo comma dell’art. 7” M. AINIS, *Laicità e confessioni religiose*, in *www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it*, p. 13.

<sup>60</sup> In materia di tutela penale del sentimento religioso, la Corte costituzionale ha ricordato l’esistenza di una alternativa tra “una generale disciplina equiparatrice” ed “una eliminazione altrettanto generalizzata di ogni protezione penale speciale diretta del sentimento religioso” (sentenza n. 329 del 1997), ed ha ribadito come “il ripristino dell’uguaglianza violata possa avvenire non solo eliminando del tutto la norma che determina quella violazione ma anche estendendone la portata per ricomprendervi i casi discriminati (sentenza n. 508 del 2000).

<sup>61</sup> Pur senza operare un espresso richiamo al principio di laicità, Cass., sez. trib., 3 febbraio 2006, n. 2412, ha ritenuto applicabile retroattivamente in favore della Comunità ebraica di Roma lo *ius superveniens* di cui all’art. 33, comma 10, legge 23 dicembre 2000 n. 38, perché la disposizione “trova la propria *ratio* ispiratrice nella volontà del legislatore di ricondurre a conformità costituzionale un sistema di esenzioni al quale si imputava, da parte di molti, di privilegiare i soli enti riferibili alla Chiesa cattolica, in contraddizione con i principi di uguaglianza e libertà sanciti dagli artt. 3, 8, 19 e 20 Cost.”.

<sup>62</sup> Un esempio precipuo in tal senso è offerto dalla normativa regolamentare in materia di ordinamento penitenziario che, nel disciplinare le manifestazioni della libertà di professare la fede, consente “ai detenuti e agli internati che lo desiderino di esporre, nella propria camera individuale o nel proprio spazio di appartenenza nella camera a più posti, immagini e simboli della propria confessione religiosa”, ma che in astratto sarebbe stata rispettosa della laicità non consentendo in quegli spazi l’esposizione di alcuna immagine o simbolo (si veda l’art. 58, secondo comma, del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, *Regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative delle libertà*, che dà attuazione specifica al diritto di libertà religiosa riconosciuto ai detenuti ed agli internati dall’art. 26 della legge 26 luglio 1975 n. 354).



Il solo vincolo che il principio di laicità impone alla generale e tendenziale neutralità dei pubblici poteri, quando si vogliono adottare misure di intervento promozionale per meglio attuarne il carattere "positivo", è quello di avvantaggiare le condizioni di soddisfacimento degli interessi religiosi indifferenziati (il cui appagamento sia rimesso all'agire del cittadino-fedele *uti singulus* o quale partecipe di formazioni sociali con fine di religione o di culto) riconducibili all'esplicazione delle libertà di religione protette dall'art. 19 della Carta<sup>63</sup>. Riconducibili in via diretta ed immediata ed anche in via indiretta e mediata, quale riflesso del soddisfacimento di interessi altri, seppure connessi, facenti capo alle confessioni e/o alle loro articolazioni organizzative, emergenze istituzionali del pluralismo confessionale, che costituiscono la struttura portante del sistema di rilevazione e appagamento degli interessi afferenti lo specifico religioso nella repubblica democratica<sup>64</sup>, le quali richiedono ai poteri pubblici la garanzia dell'apprestamento delle condizioni ritenute necessarie perché si abbia (un sufficiente ed effettivo) pluralismo confessionale e culturale. Se è vero che "il concetto stesso di democrazia è inscindibile da quello dei diritti dell'uomo"<sup>65</sup>, e dunque - alla luce del principio di indivisibilità delle libertà<sup>66</sup> - dal

---

<sup>63</sup> Ad avviso di **F. TRANIELLO**, *Introduzione all'incontro di studio della Fondazione Michele Pellegrino sul tema Per un nuovo profilo dei rapporti tra Stato e Chiesa. Esiste un caso italiano?* (così come riportato da **L. ELIA**, *Introduzione ai problemi della laicità*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), p. 7 della versione a stampa), la sentenza che per prima ha operato il riconoscimento del principio di laicità, ha rappresentato "il punto di equilibrio, o se si vuole, il compromesso possibile tra diverse idee o concezioni della laicità dello Stato, presenti sul campo, nella storia e nella Costituzione repubblicana"; i suoi sviluppi, sia nelle pronunce o nelle motivazioni che appaiono innovative sia in quelle che appaiono conservatrici, consentono "entro certi limiti, la convivenza di sue diverse rappresentazioni e giustificazioni, pur sulla base del principio imprescindibile della libertà di religione".

<sup>64</sup> Che il pluralismo (politico, sindacale, confessionale, sociale, istituzionale, ecc.) costituisca "uno dei requisiti essenziali della vita democratica", e dunque uno dei valori fondanti della Repubblica, si legge espressamente nella sentenza Corte cost. 12 aprile 1990 n. 187.

<sup>65</sup> Cfr. **S. RODOTÀ**, *L'età dei diritti. Le nuove sfide*, nell'opera collettanea *Lezioni Bobbio. Sette interventi su etica e politica*, Einaudi, Torino, 2006, p. 58, che richiama il pensiero di Norberto Bobbio.

<sup>66</sup> Il principio di indivisibilità delle libertà "derivante dal fatto che queste sono nel loro complesso manifestazioni giuridiche o valori costituzionali espressivi) dell'unitario concetto normativo di persona umana, impedisce di attribuire un maggior pregio a determinate libertà anziché ad altre", di modo che «non si può non pensare che esse, in questa loro connessione, diano vita d un sistema, appunto il "sistema delle libertà", nel cui ordine strutturale si riflette quel centro unitario di imputazione e di responsabilità che sta dietro alla molteplice varietà delle libertà»:



diritto inviolabile (individuale e collettivo) ad un'uguale libertà religiosa<sup>67</sup>, è altrettanto vero che non può essere separato neanche dalla laicità dello stato, che di quei diritti è condizione e strumento essenziale. In altre parole, "il principio del laicismo non è che il principio della democrazia"<sup>68</sup>.

## 8 – Le linee generali degli interventi della Corte di cassazione civile e dei giudici di merito

L'avvio della Corte di cassazione nell'applicazione del principio supremo di laicità, si è accennato prima, è stato promettente.

Benché il principio fosse stato enunciato dalla Corte costituzionale nella parte motiva di una sentenza (interpretativa) di rigetto, e di conseguenza non dovesse essere ritenuto vincolante; benché si fossero sollevate con autorevolezza non poche perplessità sulla "costruzione giurisprudenziale" della stessa categoria dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale<sup>69</sup>; benché, ancora, ulteriori

---

così **A. BALDASSARRE**, voce *Libertà*, 1) *Problemi generali*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1990, p. 18.

<sup>67</sup> Infatti, "il tema della libertà religiosa è da sempre strettamente solidale con quello di tutte le altre libertà": cfr. **S. BERLINGÒ**, *Il dibattito per una nuova politica del diritto in materia ecclesiastica*, nell'opera collettanea a cura di **S. BERLINGÒ** e **G. CASUSCELLI**, *Stato democratico e regime pattizio*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 4..

<sup>68</sup> L'affermazione è di **G. CALOGERO**, *Il principio del laicismo*, nell'opera collettanea *A trent'anni dal Concordato*, Parenti, Firenze, 1959, p. 72.

<sup>69</sup> La categoria dei principi supremi - richiamati nella sentenza n. 30 del 1971, che "appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana" e che "non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali": così Corte cost. n. 1146 del 1988 - ossia dei principi dotati di "una forza superiore alle altre norme costituzionali", è stata oggetto di annotazioni critiche di pubblicisti e privatisti. Scriveva, in via esemplificativa, **P. BARILE**, *I "principi generali" nel diritto costituzionale*, in *I principi generali del diritto*, cit., p. 313: "questo è veramente diritto giurisprudenziale, perché non era previsto che ci potesse essere una gerarchia fra norme costituzionali, non dico fra costituzione e leggi costituzionali, ma addirittura all'interno della stessa costituzione"; e **N. LIPARI**, *Legge matrimoniale e patto concordatario*, in *Concordato: revisione o superamento?*, in *Humanitas*, fasc. gennaio-febbraio 1974, p. 75, affermava che la dizione, per la sua elasticità, deve ritenersi "apparentemente incompatibile con una costituzione di tipo rigido come la nostra, si offre in prospettiva alle più varie applicazioni, in funzione degli indici di valore che si dovesse ritenere di privilegiare". Come annota **G. DALLA TORRE**, *La revisione del Concordato lateranense. Una vicenda lunga quarant'anni*, nel volume collettaneo a cura di G. Acquaviva, *La grande riforma del Concordato*, Marsilio Editori, Venezia, 2006, con l'acquisizione dei principi supremi "si verifica negli anni settanta e primissimi anni



perplexità fossero sollevate in ordine alla configurabilità delle sentenze della Corte costituzionale quali vera e propria “fonte del diritto”, capaci di integrare l’ordinamento giuridico al suo massimo livello; tutto ciò malgrado, la Corte di cassazione civile - nella sua più autorevole composizione, ossia a sezioni unite - a distanza di brevissimo tempo dalla sentenza n. 203 del 1989 del giudice delle leggi riconosceva senza esitazione la forza normativa del principio di laicità.

Infatti, con una ordinanza di remissione<sup>70</sup> la Corte sollevava questione di legittimità costituzionale di numerose disposizioni del R.D. n. 1731 del 1930<sup>71</sup> (che dettava la disciplina, unilaterale, delle Comunità israelitiche e dell’Unione delle comunità), ipotizzandone il contrasto con il principio supremo di laicità dello Stato ritenuto idoneo a fungere quale diretto ed immediato parametro della legittimità costituzionale della normativa in vigore<sup>72</sup>. Un principio, dunque, del quale era subito riconosciuto, senza tentennamenti, il carattere normativo, immediatamente vincolante, e non il ridotto rango di mero canone interpretativo. Di lì a poco, anche la sezione lavoro della Corte avrebbe affermato in modo espresso e puntuale che il principio anzidetto “ha valore normativo di carattere precettivo e, quindi, immediato sia in positivo che in negativo, con riguardo, quindi, sia ai credenti che ai non credenti”<sup>73</sup>. Un principio, dunque, che “opera come norma ... ossia regola operativa, capace di applicazioni pratiche, capace di venir utilizzata per la soluzione di una controversia giudiziaria”<sup>74</sup>.

L’affermazione della (astratta) forza vincolante del principio (ché altro argomento è quello dell’applicazione fattane nel caso concreto), malgrado la chiarezza dell’enunciazione e l’autorevolezza della fonte, non ha invece trovato un’accoglienza generalizzata nella

---

ottanta per via giurisprudenziale una serie di modifiche al Concordato, che in sede politico-legislativa e diplomatica erano bloccate” (p. 41).

<sup>70</sup> Cass., sez. un., ord. n. 482 del 1989.

<sup>71</sup> Il R.D. 30 ottobre 1930 n. 1731 (“Norme sulle Comunità israelitiche e sulla Unione delle Comunità medesime”), fonte unilaterale dello Stato, è stato abrogato dall’art. 34, primo comma, della legge 8 marzo 1989 n. 101 (“Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l’unione delle Comunità ebraiche italiane”), di derivazione pattizia ex art. 8, terzo comma, della Costituzione.

<sup>72</sup> Sul tema si veda **F. MODUGNO**, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, nel volume collettaneo a cura di F. Modugno, A.S. Agrò e A. Cerri, *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, 5<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2008.

<sup>73</sup> Cfr. Cass., sez. lav., n. 12530 del 1991.

<sup>74</sup> Così **F. SACCO**, *I principi generali nei sistemi giuridici europei*, in *I principi generali del diritto*, cit., p. 164.



giurisprudenza di merito, che talora si è orientata all'utilizzo di un'accezione vaga e debole.

Si è sottolineato<sup>75</sup>, ad esempio, che il principio "non è definito, né direttamente chiarito in alcuna norma", e se ne è ridotta la portata (con un'immotivata "potatura" delle affermazioni della Corte costituzionale) al solo profilo positivo di "garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale": un profilo che postula uno Stato che "si pone al servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini". Muovendo da queste premesse si è potuto così concludere che "la laicità non è l'esclusione dalla sfera pubblica di riferimenti religiosi", senza curarsi di accertare previamente se in quella sfera debba essere operante o no la garanzia effettiva del pluralismo che è, a sua volta, garanzia della libertà.

O, ancora, con un contrasto ancora più netto, è stata posta in dubbio, o meglio è stata negata<sup>76</sup>, la sussistenza di un diritto soggettivo del privato di conseguire giudizialmente l'adeguamento dell'ordinamento al principio costituzionale di laicità, giacché l'autorità giudiziaria non può "surrogarsi allo Stato nell'emanazione di disposizioni normative dirette ad attuare nell'ordinamento i principi costituzionali aventi carattere non precettivo ma programmatico".

L'orientamento della Corte di cassazione risulta di conseguenza pretermesso, sia pure in forma implicita: la laicità è ridotta a mero proposito programmatico; rappresenta soltanto "un ineludibile criterio di legittimità costituzionale per la produzione normativa", che vincola soltanto il futuro legislatore; impone, in modo tanto generico quanto riduttivo, "allo Stato ed alle sue Istituzioni il rispetto delle scelte del singolo in materia religiosa e delle forme di espressione di tale scelta".

In buona sostanza - e la conclusione è emblematica di un orientamento giurisprudenziale proclive a depotenziare la portata pratica del principio - l'asserito carattere programmatico e la ridotta funzione di mero canone esegetico concorrono a fare sì che esso non crei "immediatamente obblighi di azione né per lo Stato-Ordinamento né per lo Stato-Persona" (come se un principio supremo che addirittura caratterizza la forma repubblicana potesse essere ad applicazione discrezionalmente differita nel tempo), e a fare considerare il sistema di garanzie giurisdizionali, quantomeno nel contesto del giudizio

---

<sup>75</sup> Vedi Trib. L'Aquila, 1 aprile 2005.

<sup>76</sup> Vedi Trib. Bologna, sez. I, 24 marzo 2005.



“diffuso” di legittimità costituzionale, “come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore”<sup>77</sup>.

Secondo questo orientamento, la laicità, in buona sostanza, non assurge a dignità di vero e proprio principio normativo e non può nemmeno rilevare quale mero criterio di applicazione del diritto, ossia come concreto meccanismo di buona amministrazione della cosa pubblica per operare la selezione fra credenze di fede ed organizzazioni confessionali, imperniato sulla prassi di un agire neutrale ed imparziale.

## 9 – L’ossequio formale al principio

Senza addentrarci in un puntuale esame critico delle singole pronunce, e delle loro dinamiche argomentative, ma prefiggendoci di affrontare una prospettiva d’insieme, si può subito notare come il richiamo al principio sia parsimonioso, cauto, compiuto solo se necessario e nella misura minima possibile<sup>78</sup>. Un richiamo spesso generico, di routine, alla sentenza n. 203 del 1989 della Corte costituzionale ed a passi estrapolati da essa, come se si facesse ricorso ad una clausola di stile, se si prestasse un ossequio obbligato ma formale, senza però utilizzare (ed approfondire nel caso di specie) i pur numerosi e puntuali svolgimenti che hanno segnato percorso e confini del principio giuridico di laicità nella ventennale evoluzione della giurisprudenza costituzionale, che, anziché dar luogo ad un analogo processo di rafforzamento e di specificazione del principio, finisce con il produrre un effetto come di affievolimento, di “riduzione dell’originaria efficienza”<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> L’espressione è tratta dalla sentenza della Corte costituzionale n. 1146 del 1988.

<sup>78</sup> Osserva anche N. COLAIANNI, *Poteri pubblici*, cit., p. 17, che “con molta cautela la laicità [...] sta entrando nel lessico dei giudici. Ma d’altro canto [...] bisogna abituarsi a non vederla nominata ad ogni piè sospinto ed a scorgerla piuttosto nella trama nascosta, nel retroterra culturale della motivazione”. Di questa laicità l’A., che la definisce “innominata, implicita”, vede un esempio nella sentenza Cass., sez. I, 16 ottobre 2007 n. 21748, in materia di diritto alla vita, con particolare riferimento alla sottolineatura che la nostra Costituzione «guarda al limite del “rispetto della persona umana” in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell’integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive».

<sup>79</sup> Con riferimento alla efficacia dichiarativa, A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 432 ss., ha individuato i sottotipi del rafforzamento, della specificazione e dell’affievolimento.

Si può sottolineare che i frequenti richiami fatti dalla Corte costituzionale ai suoi “precedenti” in ordine al principio di laicità hanno dato luogo ad un rafforzamento dello stesso nel tempo, assicurandogli vitalità ed efficienza, ed alla determinazione



Il lettore delle pronunce avverte, talora, la (diffusa e implicita) propensione a circoscriverne la portata, che percorre vie diverse. Talvolta si trova rifugio nell'ambigua accezione negativa di "non confessionalità"<sup>80</sup> (utilizzata di sfuggita dal giudice delle leggi<sup>81</sup>), o di "aconfessionalità"<sup>82</sup>, e si omette di ricercare le regole che ne disciplinino i contenuti positivi ed insieme salvaguardino il regime di pluralismo

---

progressiva del suo contenuto riducendone, con l'applicazione giurisprudenziale, il grado di genericità, accrescendone in tal modo la capacità di adeguamento alla concreta fattispecie dedotta in giudizio.

<sup>80</sup> Assume una portata generale l'annotazione critica di **D. VITTORIA**, *Il danno non patrimoniale agli enti collettivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 543, secondo cui "ogni definizione in negativo permette di creare una zona d'ombra, una sacca di oscurità e di doppiezza, in cui è possibile ammassare alla rinfusa eventi e conseguenze, disagi e tragedie, previsioni normative diverse". Ciò malgrado, ad avviso di **C. MIRABELLI**, *Giurisprudenza costituzionale e riforma dei Patti lateranensi*, nel volume collettaneo a cura di G. Acquaviva, *La grande riforma*, cit., la laicità si identificherebbe "nella giurisprudenza costituzionale, con la non confessionalità dello Stato" (p. 77).

L'affermazione è in linea con la reticente disposizione del n. 1 del Protocollo addizionale all'Accordo del 1984, secondo cui "si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti Lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano", senza specificare da quando, il perché ed il come, e quale altro principio lo abbia sostituito ed informi i rapporti tra le Parti. Ricorda **M. CROCE**, *La libertà religiosa*, cit., p. 394, nt. 10, che nella prima bozza elaborata dalla Commissione paritetica per la revisione del Concordato, del 1976, la formulazione era presente nell'art. 1 dell'Accordo ed era ben diversa: "la Santa Sede prende atto che l'art. 1 dello Statuto del 4 marzo 1848, richiamato nei Patti lateranensi, è stato abrogato con l'adozione della Costituzione della Repubblica italiana"; ma si può aggiungere che già nella formulazione della seconda bozza, del 1977, le parti nell'art. 1 "concordano nel considerare non più in vigore il principio della religione cattolica come religione dello Stato, richiamato originariamente dai Patti lateranensi"; la formulazione è in buona sostanza identica nella terza bozza, del 1978, e nella quarta, del 1979, nella quinta, del 1980, e nella quinta bis del 1982: si vedano i testi a fronte nel volume a cura di G. Vegas, *Il dibattito sulla revisione del Concordato (1965 - 1984)*, Quaderni di documentazione n. 13, Servizio Studi del Senato della Repubblica, Roma, 1984). Non sorprende, quindi, alla luce del depotenziamento sostanziale e della derubricazione formale realizzati nel tempo, che le sezioni unite penali abbiano potuto affermare che la disposizione anzidetta «pur avendo espressamente previsto che non è più in vigore il principio della religione cattolica come sola religione dello Stato, non ha avuto alcuna incidenza sulla validità della norma di cui all'art. 724 c.p.» (cfr. Cass., penale sez. un., 27 marzo 1991).

<sup>81</sup> Alla formula "laicità o non confessionalità dello Stato" - che lascia intendere la coincidenza dei concetti, e si legge nella sent. n. 334 del 1996, nella sent. n. 329 del 1997 e nella sent. n. 168 del 2005 - il giudice delle leggi non sembra avere inteso assegnare un particolare significato; essa può ritenersi del tutto accidentale, come se avesse ritenuto equivalente definire il principio per quel che **non è** o che **non può più essere**, anziché per quel che **è** o che **deve essere**.

<sup>82</sup> Trib. Bologna, 05 febbraio 1997 fa ricorso, invece, all'endiadi "principi di laicità e di aconfessionalità" come se fossero principi distinti e concorrenti.



confessionale e culturale (secondo l'indicazione espressa del giudice delle leggi), o i caratteri generali di neutralità, equidistanza, imparzialità<sup>83</sup>. Talaltra, si amputa la generale portata dell'accezione positiva del principio<sup>84</sup> assumendo che sia riferita alla sola confessione di maggioranza, e tuttavia ritenuta di per sé sufficiente a garantire la compatibilità delle fonti normative subordinate (unilaterali o di derivazione pattizia) che assicurano misure promozionali di favore a vantaggio della Chiesa cattolica, senza necessità di un raffronto con le misure (diverse, o negate) rivolte alle altre confessioni.

Colpisce, infine, la mancanza di un saldo impegno esegetico-ricostruttivo che articoli il principio (anche differenziandone contenuti ed effetti) nei diversi settore dell'ordinamento (famiglia, matrimonio, bio-etica, lavoro, istruzione, tutela penale, ecc.) e ne specifichi le regole peculiari che si impongono all'osservanza generalizzata dei destinatari, soggetti privati o pubblici poteri.

Le poche sentenze inducono a ritenere che il giudice ordinario preferisca sottrarsi, quando ciò gli è possibile, al compito dell'attuazione del principio (per la parte di sua competenza), ed eviti sia di farvi ricorso, se non espressamente ed ineludibilmente chiamato dalle argomentazioni in diritto delle parti, sia di dare ad esso la concretezza necessaria a consentire di dedurre regole idonee a regolamentare la singola fattispecie sottoposta al suo esame, favorendo il permanere di una zona grigia, ambigua, in cui il carattere della "generalità" proprio di questo come di ogni altro principio possa essere inteso come "genericità", "indeterminatezza" e, quindi, inidoneità a farsi regola di condotta e canone dell'agire. Un principio, dunque, refrattario ad essere utilizzato quale canone di diritto nella "scienza pratica" della giurisprudenza, la cui appartenenza privilegiata si colloca

---

<sup>83</sup> Secondo i criteri generali (si veda Corte dei conti, sez. controllo, 2 dicembre 1986 n. 1895, in *Riv. Corte conti*, 1988, fasc. 6, p. 80) all'adozione di misure "positive" volte a favorire la realizzazione di interessi meritevoli di tutela perché conformi a valori costituzionalmente protetti (ed all'interesse pubblico a favorirla) dovrebbero fare seguito controlli pubblici sull'effettività dell'impiego delle risorse, sulla congruità della spesa effettuata dal beneficiario, sulla conformità dei fini istituzionali da questi perseguiti al quadro generale dei fini-valori e dei beni che si intendono promuovere, sull'adeguatezza del fine specifico a soddisfare interessi attinenti l'esercizio delle libertà di religione, sulla "territorialità" dell'utilizzo delle provvidenze.

<sup>84</sup> Riprendendo la distinzione tra "politica culturale" e "politica della cultura" prospettata da N. BOBBIO, *Politica e cultura*, Einaudi, Torino, 1955, p. 37, M. AINIS, *Laicità e confessioni religiose*, cit., p. 19 s., afferma che la Costituzione legittima non una "politica religiosa" dello Stato, ma "una politica della religione; non una funzione dirigista da parte dei pubblici poteri sulla sfera religiosa, ma una funzione riequilibratrice e correttiva".



invece in ambiti contigui, nell'ambito della scienze sociologiche, politologiche, storiche, filosofiche quando non teologiche, ai cui enunciati si ricorre talora con un vero e proprio "abuso di motivazione"<sup>85</sup>.

## **10 – L'applicazione giurisprudenziale fatta dalle sezioni unite civili della Corte di cassazione ...**

Sembra utile tratteggiare gli esiti dell'applicazione giurisprudenziale del principio di laicità che, alla luce delle regole oggettive dell'ordinamento, si collocano al livello massimo di autorevolezza e sono assistite da positiva persuasività (almeno rispetto all'ordine giudiziario) oltre che di stabilità nel tempo.

Ci soffermeremo, dunque, sulla formulazione/elaborazione del principio offerte dalle sezioni unite civili della Corte di cassazione, dalle quali, come si è già ricordato, non potranno più discostarsi nemmeno le sezioni semplici della stessa Corte, ma che saranno eventualmente modificabili, quando ne sia ammesso il riesame, solo nella composizione riunita.

### **10.a) Il divieto di ingerenza nell'organizzazione delle confessioni religiose**

Un'applicazione di sicuro rilievo del principio di laicità, alla luce del nesso intra-sistematico che lo lega alle norme costituzionali che lo fondano, è fatta nella ordinanza n. 482 del 1989 (di rimessione alla Corte costituzionale) già ricordata<sup>86</sup>.

Ad avviso delle sezioni unite, infatti, le norme indicative della natura di ente pubblico non economico di una comunità israelitica, chiamata in giudizio in qualità di datore di lavoro, e della conseguente qualificazione dei relativi rapporti quali rapporti di pubblico impiego - con la correlata devoluzione delle controversie alla cognizione del giudice amministrativo -, violano non solo l'autonomia istituzionale delle confessioni religiose diverse dalla cattolica, garantita espressamente dal secondo comma dell'art. 8 Cost., ma costituiscono un'ipotesi eccezionale di ingerenza nell'organizzazione delle medesime che si pone in contrasto con il principio di laicità<sup>87</sup>. Costituisce, infatti,

---

<sup>85</sup> Ha scritto "della tentazione dei giudici di spingersi oltre il giuridicamente rilevante, con un'ansia quasi profetica" **B. RANDAZZO**, *Diversi ed eguali*, cit., p. 12.

<sup>86</sup> Si veda par. 8.

<sup>87</sup> La Corte di cassazione, sezioni unite civili, ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, 2, 3, 15, 16 (*recte*: 17), 18, 19, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 56, 57 e



fondamento e riflesso di quest'ultimo - come avrà modo successivamente di precisare la Corte costituzionale - il principio della distinzione degli ordini propri di qualsivoglia confessione (e non solo di quello proprio della sola Chiesa cattolica, secondo l'espresso enunciato del primo comma dell'art. 7 Cost.) dall'ordine proprio dello Stato.

Le sezioni unite hanno poi riaffermato il principio (questa volta con il conforto della sentenza n. 259 del 1990 della Corte costituzionale, che aveva ritenuto fondata la questione di legittimità nei termini in cui esse l'avevano sollevata), con la conseguente statuizione che i rapporti di lavoro tra dipendenti e comunità hanno natura privatistica, e sono pertanto soggetti alla cognizione del giudice ordinario, in piena coerenza tra parte motiva e parte dispositiva<sup>88</sup>.

In senso conforme si è pronunciato il giudice della legittimità, sezione lavoro, con le sentenze n. 3614 e n. 18008 del 2003.

#### **10.b) Libertà fondamentali, diritti assoluti e riparto della giurisdizione**

Con la sentenza n. 11432 del 1997 le sezioni unite affrontano il delicato e complesso tema del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di situazioni giuridiche soggettive facenti capo agli studenti delle scuole pubbliche così detti "non avvalentisi", ossia agli studenti che nell'esercizio del "diritto di scegliere se avvalersi o non avvalersi" dell'insegnamento della religione cattolica, assistiti dalla garanzia che la loro scelta non può "dar luogo ad alcuna forma di discriminazione" (ex art. 9.2 dell'Accordo del 1984) hanno optato per la seconda alternativa.

La decisione costituisce applicazione delle sentenze della Corte costituzionale n. 203 del 1989, che ha enunciato il principio di laicità, e n. 13 del 1991, che ha ritenuto non contestabile la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla situazione giuridica soggettiva di avvalersi (o no) dell'insegnamento della religione, vertendosi in materia

---

58 del regio decreto 30 ottobre 1930 n. 1731 (*Norme sulle Comunità israelitiche e sulla Unione delle Comunità medesime*), in riferimento all'art. 8, secondo comma, della Costituzione nonché agli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, sotto il profilo che dalle norme impugnate sarebbero desumibili per le Comunità israelitiche i caratteri propri delle persone giuridiche pubbliche, con conseguente qualificazione del rapporto di lavoro con esse instaurato come rapporto di pubblico impiego, come tale devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Ciò sarebbe in contrasto con il principio della autonomia istituzionale delle confessioni religiose, quale si ricava dall'art. 8, secondo comma, della Costituzione ed altresì con il principio supremo della laicità dello Stato, quale emerge dagli altri parametri costituzionali invocati.

<sup>88</sup> Cfr. Cass., sezioni unite, n. 8028 del 1991.



di diritto soggettivo. Gli attori nel giudizio avevano lamentato in forma espressa e puntuale la lesione (tra gli altri loro diritti) del “diritto di vedere rispettato come attori cittadini il principio fondamentale della laicità dello Stato e della Scuola [...] per la cui operatività non è necessaria alcuna attività della p.a., la quale non ha il potere di comprimerli o limitarli”, ma questa volta l’applicazione in sentenza del principio invocato è solo apparente.

Per un verso, infatti, la pronuncia non menziona mai il principio in questione, anche se si può ritenere che lo evochi in modo indiretto attraverso una (tortuosa) formulazione. L’espressa doglianza di parte ricorrente in ordine alla lesione del “diritto soggettivo alla laicità” non è stata infatti specificamente rigettata, come invece lo sono state quelle relative alla violazione del “diritto alla salute, anche psichica”, o del diritto alla libertà di coscienza con riferimento, ad esempio, alla richiesta da parte dell’amministrazione scolastica (necessaria, e rivolta al singolo studente o agli esercenti la potestà genitoriale<sup>89</sup>) di una scelta esplicita se avvalersi o no dell’insegnamento della religione.

Per altro verso, la pronuncia, dopo avere affermato con forza la regola generale che “non esiste alcun organo dello Stato [...] che possa incidere in maniera pregiudizievole sui diritti assoluti in cui si esprimono le libertà fondamentali costituzionalmente garantite”, scinde con modalità e motivazioni non convincenti le plurime situazioni giuridiche soggettive per le quali era stata richiesta tutela (riferite alla garanzia costituzionale della libertà di coscienza, della libertà di religione e della laicità), e si limita ad ascrivere alla categoria dei “diritti assoluti e primari, costituzionalmente garantiti, in quanto tali incompressibili e comunque non degradabili dalla Pubblica Amministrazione ad interessi protetti” soltanto il diritto a che la facoltatività dell’insegnamento della religione (espressamente sancita nel dettato normativo pattizio) non sia ridotta, mediante la previsione di corsi riservati unicamente ai non avvelentisi, a situazione opzionale e alternativa attraverso la quale si finirebbe con l’imporre (in via indiretta) una prestazione che assume carattere discriminante<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> La disciplina è dettata dalla legge 18 giugno 1986 n. 281 (“*Capacità di scelte scolastiche e di iscrizione nelle scuole secondarie superiori*”).

<sup>90</sup> La Corte, tuttavia, sembra sfuggire al quesito, se la scelta individuale (dello studente o dell’esercente la potestà genitoriale) di avvalersi dell’insegnamento della religione cattolica sia solo formalmente libera, ma in sostanza necessitata per l’impossibilità di soddisfare, se avvertito, il bisogno di conoscenza del fatto religioso con scelte alternative, che dovrebbero essere compresenti in un regime di potenziale pluralismo. Una **piena libertà di scelta**, compatibile con il principio pluralista e che anzi ne rappresenti una specificazione, non può esercitarsi optando tra un insegnamento “orientato” e nessun insegnamento, ma scegliendo quello ritenuto più



Solo per questo aspetto, di conseguenza, la domanda risarcitoria degli attori, che risulta conseguente alla violazione di diritti soggettivi, rientra nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

In sintesi, il principio di laicità è fonte di un diritto soggettivo assoluto e primario - costituzionalmente garantito, ed in quanto tale incompressibile e comunque non degradabile dalla pubblica amministrazione - a non subire discriminazioni per motivi di religione né dirette né indirette. La cognizione di eventuali discriminazioni, che discendano dall'obbligo di un *facere* in capo a chi risponda negativamente alla proposta di un insegnamento a carattere religioso, spetta, anche per gli eventuali profili risarcitori, alla giurisdizione del giudice ordinario.

### 10.c) Pubblico, religioso e profili etici

La sentenza n. 13666 del 2002 sfiora soltanto il tema della laicità, e tuttavia non è priva di rilievo. Essa ribadisce, in tema di natura di ente pubblico o privato delle Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza regionali o infraregionali (che presenta punti di contatto con il tema già preso in esame della natura delle Comunità ebraiche), che il requisito dell'ispirazione religiosa è indice della natura privatistica dell'ente; e, ancora, che la rilevanza di quell'ispirazione "non è sminuita dalla considerazione che profili etici, comunque, si apprezzano nell'azione di enti i quali, per definizione, si collocano

---

confacente tra più insegnamenti orientati secondo una regola della pluralità di opzioni operante in altri settori dell'ordinamento (matrimonio civile / matrimonio religioso; giurisdizione dello Stato / giurisdizione ecclesiastica; scuola pubblica / scuola privata; otto per mille allo Stato / otto per mille ad una delle confessioni con accordi). Che "una piena libertà di scelta, con le conseguenze diverse che essa può eventualmente comportare, non viola il principio di uguaglianza" è affermazione della Corte cost. 11 dicembre 1973 n. 175, che tuttavia ha ritenuto di ribadire che "dinanzi alla proposta dello Stato alla comunità dei cittadini di fare impartire nelle proprie scuole l'insegnamento di religione cattolica, l'alternativa è tra un sì e un no, tra una scelta positiva ed una negativa: di avvalersene o di non avvalersene. A questo punto la libertà di religione è garantita: il suo esercizio si traduce, sotto il profilo considerato, in quella risposta affermativa o negativa. E le varie forme di impegno scolastico presentate alla libera scelta dei non avvalentisi non hanno più alcun rapporto con la libertà di religione" (Corte cost. 14 gennaio 1991 n. 13), trascurando tuttavia di esaminare se abbiano un qualche rapporto con il pluralismo scolastico e con il pluralismo confessionale. Eppure la Corte aveva già ritenuto che "con l'Accordo del 18 febbraio 1984 emerge un carattere peculiare dell'insegnamento di una religione positiva: il potere suscitare, dinanzi a proposte di sostanziale adesione ad una dottrina, problemi di coscienza personale e di educazione familiare, per evitare i quali lo Stato laico chiede agli interessati **un atto di libera scelta**" (Corte cost. 12 aprile 1989 n. 203, mio il grassetto).



nell'area dell'impegno sociale, concorrono alla tutela di interessi giuridicamente protetti, anche da norme di rango costituzionale".

In sintesi, per la Corte, la sfera del "religioso" non è attratta dalla sfera del "pubblico", e non è neanche possibile ipotizzare che l'esperienza religiosa assorba ed esaurisca i profili etici dei comportamenti qualificati dal diritto.

In altri termini, la laicità rende possibile la compresenza paritaria, nell'ordinamento dello Stato, di un'etica "religiosa" e di un'etica "civile".

#### **10.d) La potestà organizzatoria non conformatata della Pubblica Amministrazione**

La sentenza n. 15614 del 2006 riaffronta il tema del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Il conflitto da risolvere nasceva da una controversia attinente la richiesta di ordinare la rimozione di un crocifisso - "simbolo antonomastico delle fedi cristiane"<sup>91</sup> - dall'aula scolastica frequentata dai figli minori dei ricorrenti "previo accertamento della lesione del diritto assoluto alla libertà religiosa, di eguaglianza e di laicità dello Stato".

Le sezioni unite, in buona sostanza, non ritengono che l'attuazione concreta delle disposizioni regolamentari - presupposto dell'affissione del crocifisso - leda nel caso specifico un diritto assoluto dei ricorrenti (come invece aveva ammesso per la imposizione di un insegnamento alternativo ai "non avvalentisi" dell'insegnamento della religione). Il *petitum* sostanziale (rappresentato dall'insieme di domanda e titolo giuridico dell'azione) è dato, infatti, dalla richiesta di una statuizione di carattere inibitorio (l'ordine di rimozione del crocifisso dall'aula) che costituisce il contenuto primario della prestazione richiesta alla pubblica amministrazione. Esso, dunque, investirebbe "in via diretta ed immediata il potere dell'Amministrazione in ordine all'organizzazione ed alle modalità di prestazione del servizio scolastico", poiché i regolamenti e le circolari ministeriali applicati dall'autorità scolastica sono riconducibili alla potestà organizzatoria della P.A. L'argomento non è persuasivo, poiché si può ben a ragione dubitare che l'arredo delle aule non legato da un nesso funzionale diretto all'attività didattica (quale è il crocifisso, o quale è ancora la foto del Presidente della Repubblica, a differenza di banchi, lavagne, cattedre) sia realmente ed inscindibilmente collegato al

---

<sup>91</sup> L'espressione è di R. BERTOLINO, *Laicità della scuola e insegnamento della religione nella società civile italiana dopo gli Accordi di Villa Madama*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1984, p. 20.



“servizio scolastico” ed al potere organizzatorio delle autorità scolastiche.

Ad avviso delle sezioni unite, con riferimento alla normativa applicabile contrassegnata dalla mancanza di una disciplina dettata dalla legge, deve affermarsi la vigenza della regola che in materia di pubblici servizi “attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo”. Il che vale dire che per le materie (o per quelle parti di esse) non regolamentate dalla legge, l’amministrazione può esercitare una discrezionalità non conformata né dai principi del diritto né dai principi costituzionali, che avrebbe addirittura la forza di fare degradare diritti assoluti e primari a meri interessi legittimi<sup>92</sup>.

Per la Corte, dunque, i provvedimenti dell’autorità scolastica che abbiano dato attuazione in uno specifico istituto a disposizioni secondarie di carattere generale, adottate nell’esercizio del potere amministrativo, sono riconducibili alla pubblica amministrazione-autorità. Di conseguenza, se emanati in assenza di un quadro normativo di riferimento riconducibile a fonti primarie, sono soggetti alla giurisdizione amministrativa, rilevando (secondo l’orientamento espresso dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 556 del 2006, che è così condiviso) quale attuazione illegittima di un potere amministrativo, che muta la natura stessa delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini coinvolti nell’esercizio di quel potere, anche se i poteri organizzativi dei capi degli uffici scolastici possano essersi svolti in modo assolutamente libero o addirittura arbitrario.

L’asserita illegittimità costituzionale di una fonte normativa secondaria, nella sua generalità ed astrattezza, che comporterebbe (anche) per la pubblica amministrazione, in forza del principio di legalità (art. 97 Cost.), l’obbligo della sua disapplicazione al fine di ristabilire la compatibilità costituzionale della disciplina e del suo agire, perde così rilievo e si trasforma nell’asserita illegittimità dell’atto, del provvedimento, o del mero comportamento di chi abbia esercitato illegittimamente il potere in un caso concreto e con specifico riferimento ad esso.

---

<sup>92</sup> Peraltro, la mancanza di una specifica fonte primaria comporterebbe una “assoluta indeterminatezza del potere demandato” alla pubblica amministrazione di emanare norme regolamentari in materia di esposizione del crocifisso nella aule scolastiche, e di conseguenza “la totale libertà” ad essa attribuita nel dettare quella disciplina “senza l’indicazione di alcun criterio da parte della legge”, violerebbe il principio di legalità sostanziale, desumibile dagli artt. 97, 101 e 113 Cost., con conseguente illegittimità costituzionale, anche per questo profilo, della norma così individuata: in questo senso, in generale, cfr. Corte cost. 7 ottobre 2003 n. 307.



Emerge con tutta evidenza come, malgrado l'espresso richiamo al consueto criterio della necessaria individuazione del *petitum* sostanziale ai fini della pronuncia in materia di riparto, le sezioni unite abbiano inteso il titolo giuridico che fonda il *petitum* (in senso formale) con esclusivo riferimento alla fonte normativa per così dire immediata del titolo (nel caso, norme regolamentari e circolari amministrative), e non con primario riferimento alle situazioni giuridiche soggettive implicate, perché asseritamente lese, ed alla loro ascrivibilità a fonti normative di rango primario.

In altri termini, non si è cercato di verificare in via preliminare se le doglianze dei ricorrenti (ed il "bene" della vita di cui essi chiedevano protezione) individuassero "correttamente ed esattamente diritti assoluti primari, costituzionalmente garantiti, in quanto tali incomprimibili e comunque non degradabili dalla Pubblica Amministrazione ad interessi protetti", in conformità al criterio da esse stesse precisato ed adottato, come già ricordato (sentenza n. 11432 del 1997) in materia di riparto di giurisdizione.

Le sezioni unite sembrano consapevoli che non è persuasiva la motivazione alla base del differente esito. E tuttavia, non si fanno carico di non avere voluto nemmeno ipotizzare che nel caso in esame fossero in gioco il diritto di libertà religiosa (che già avevano riconosciuto quale "assoluto" e non degradabile nei suoi contenuti essenziali nemmeno di fronte al potere autoritativo della P.A.), ed il diritto di ogni soggetto a comportamenti della pubblica amministrazione conformi al principio giuridico, precettivo e di immediata applicazione, della laicità dello Stato, della sua neutralità ed imparzialità. Ascrivono, invece, quel differente esito ad un imprecisato "contesto esistente in questo momento storico", presentato come elemento (si direbbe di natura sociale e politica) al quale fare risalire la sospensione di fatto delle stesse garanzie costituzionali delle libertà. Scrivono, infatti, in modo sibillino e con un cautissimo auspicio, che la giurisdizione del giudice amministrativo va affermata in questo "contesto - e nel rapporto che ne consegue tra il principio di laicità dello Stato, il potere organizzatorio dell'amministrazione scolastica e la posizione soggettiva dei singoli fruitori del servizio - certamente suscettibile di evoluzione sul piano legislativo in ragione delle sempre più pressanti esigenze di tutela delle minoranze religiose, etniche e culturali in un ordinamento ispirato ai valori della tolleranza, della solidarietà, della non discriminazione e del rispetto del pluralismo".

Il che è come dire che il principio di laicità è assunto quale mero canone interpretativo del sistema normativo delle fonti, e per di più solo di quelle a carattere primario, che non può supplire ad eventuali



lacune perché inidoneo ad esprimere regole di diretta ed immediata applicazione. Questa sua natura non sarebbe idonea a fare sorgere l'obbligo di disapplicare le fonti secondarie (siano norme regolamentari o circolari amministrative) con esso confliggenti, essendo necessaria invece l'interposizione legislativa diretta per divenire operante ed impedire alla P.A. di emanare provvedimenti che ne costituiscano violazioni. Di modo che, l'agire di quest'ultima, sebbene contrassegnato dal contrasto con un principio supremo dell'ordinamento costituzionale, fa sì che le situazioni giuridiche soggettive piene che ne risultano incise, la cui tutela sarebbe necessariamente riservata alla cognizione del giudice ordinario, degradino a meri interessi legittimi, la cui cognizione spetta al giudice amministrativo.

Ritorna, dunque la malcelata prospettazione del principio di laicità quale mero principio programmatico, non immediatamente vincolante per la P.A., nemmeno per il profilo, di chiara evidenza, delle interrelazioni logico-sistematiche tra il principio in questione (in specie nei suoi riflessi della neutralità e dell'equidistanza) e l'obbligo dell'imparzialità che grava sui pubblici uffici, ai sensi dell'art. 97 della nostra Carta.

Vi sarebbe, dunque, nell'ordinamento una "zona franca" dall'operatività e vincolatività del principio di laicità: una zona che coincide con l'ambito delle esperienze umane e degli interessi giuridicamente rilevanti e meritevoli di tutela e pur tuttavia non regolamentati da atti normativi primari, in via diretta o almeno quale fonte mediata<sup>93</sup>, ma da fonti normative secondarie la cui concreta attuazione risulterebbe in definitiva sottratta al confronto con una parametro di legittimità vincolante per i titolari di pubblici uffici.

La conseguenza, di palese gravità, implica che il principio di laicità non solo non avrebbe carattere normativo o non sarebbe

---

<sup>93</sup> Con ordinanza n. 389 del 2004 la Corte costituzionale ha dichiarato, infatti, manifestamente inammissibile, in quanto avente ad oggetto un atto privo di forza di legge, la questione di legittimità costituzionale "degli art. 159 e 190 d.lg. 16 aprile 1994 n. 297, come specificati rispettivamente dall'art. 119 r.d. 26 aprile 1928 n. 1297, tabella C, e dall'art. 118 r.d. 30 aprile 1924 n. 965, nella parte in cui includono il crocifisso tra gli arredi delle aule scolastiche, nonché dell'art. 676 d.lg. n. 297 del 1994, nella parte in cui confermerebbe la vigenza degli art. 119 r.d. n. 1297 del 1928, tabella C, e 118 r.d. n. 965 del 1924, in riferimento al principio di laicità dello Stato e comunque agli art. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 Cost.". Ad avviso della Corte «non sussiste fra le due menzionate disposizioni legislative, da un lato, e le disposizioni regolamentari richiamate dal remittente, dall'altro lato, quel rapporto di integrazione e specificazione, ai fini dell'oggetto del quesito di costituzionalità proposto, che avrebbe consentito, a suo giudizio, l'impugnazione delle disposizioni legislative "come specificate" dalle norme regolamentari».



comunque di immediata e diretta applicazione da parte del giudice ordinario, ma che - per una sorte di effetto di trascinamento - la sua inapplicabilità renderebbe a loro volta inapplicabili i principi costituzionali espressi che concorrono a strutturarli, quali il pluralismo confessionale e l'uguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose (art. 8, primo comma, Cost.); ed implica ancora che la garanzia costituzionale del diritto di libertà religiosa, uno dei fondamenti di una società democratica<sup>94</sup>, non valga ad attribuire, in via immediata e diretta, situazioni giuridiche soggettive "piene", la cui giustiziabilità sia sempre e comunque assicurata dal giudice ordinario.

### 10.e) Ordine pubblico e delibazione

La sentenza n. 1989 del 2008 offre il primo esempio di applicazione della novella legislativa che ha interessato l'art. 374 c.p.c.<sup>95</sup> nella materia che ne occupa, in punto di delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale e di limiti (im)posti dal rispetto dell'ordine pubblico. Nel caso specifico, infatti, la prima sezione della Corte di cassazione aveva ritenuto di discostarsi dall'interpretazione data in passato dalle sezioni unite<sup>96</sup>, ed aveva rimesso la questione all'esame del primo Presidente che, a sua volta, aveva "disposto la pronuncia a sezioni unite, per la particolare importanza della questione di massima e al fine di evitare preventivamente contrasti".

È utile premettere che fu proprio occupandosi di questioni attinenti il tema della giurisdizione ecclesiastica matrimoniale che la Corte costituzionale ebbe modo di fare ricorso alla categoria dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato<sup>97</sup>, e che nella stessa materia qualche tempo dopo ebbe modo di ascrivere alla categoria in modo specifico il principio della tutela dell'ordine pubblico

---

<sup>94</sup> «La Cour rappelle que, telle que protégée par l'article 9, la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une 'société démocratique' au sens de la Convention. Cette liberté figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – qui ne saurait être dissocié de pareille société»: così, da ultimo, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – prima sezione – 21 febbraio 2008 – Ric. 19516/60 – Pres. L. Loucaides – Alexandridis c. Grecia.

<sup>95</sup> Il precedente testo dell'art. 374 c.p.c. ("Pronuncia a sezioni unite") è stato sostituito dall'art. 8 del D. Lgs.vo 2 febbraio 2006 n. 40.

<sup>96</sup> Cass., sez. I, 21 agosto 2007 n. 17767.

<sup>97</sup> Corte cost., sentenza 1° marzo 1971 n. 30.



e della tutela giurisdizionale dei diritti<sup>98</sup>. «Entrambi questi principi vanno ascritti nel novero dei "principi supremi dell'ordinamento costituzionale"» - affermò quella Corte – ed in particolare riconobbe che «la inderogabile tutela dell'ordine pubblico, e cioè delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società, è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato, quale affermata nel comma secondo dell'art. 1, e ribadita nel comma primo dell'art. 7 della Costituzione».

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale porterà di lì a qualche anno all'affermazione del terzo principio supremo, quello della laicità, del quale i primi due costituiscono aspetti essenziali e correlati, in quanto anch'essi hanno la matrice immediata e diretta in quella sovranità dello Stato nel suo ordine che della laicità è il primo fondamento.

È utile, ancora, ricordare che il canone ermeneutico delle norme concordatarie è governato dal principio di laicità, nel suo riflesso della distinzione degli ordini posta dall'art. 7, primo comma, della Costituzione, laddove "afferma tanto per lo Stato quanto per la Chiesa i principi di indipendenza e di sovranità di ciascuno nel proprio ordine"; in forza di questi principi, una limitazione della sovranità statale in materia di giurisdizione non può che "risultare da norma espressa, e, in mancanza di questa, non è desumibile da incerti argomenti interpretativi: tanto più che, in materia di accordi internazionali, vale il criterio della interpretazione restrittiva degli impegni che comportino per uno dei contraenti l'accettazione di limiti alla propria sovranità"<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Corte cost., sentenza 2 febbraio 1982 n. 18, per la quale il principio supremo posto a garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale è desumibile dagli artt. 2, 3, 7, 24, 25, 101 e 102 Cost., e quello posto a garanzia dell'inderogabile tutela dell'ordine pubblico è desumibile dagli artt. 2, 3, 7, 24, 25, 29, 31, 101 e 102 della Carta.

<sup>99</sup> Così si legge nella sentenza della Corte costituzionale n. 169 del 1971, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, proposta (con ordinanza Trib. Siena 20 aprile 1971) sotto il profilo della violazione dell'art. 7 della Costituzione in relazione all'art. 34 del Concordato del 1929: la norma denunciata, ammettendo la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, avrebbe spezzato il nesso inscindibile tra tali effetti e la natura indissolubile del matrimonio canonico, violando così l'obbligo assunto dallo Stato di mantenere permanenti gli effetti medesimi. Tale innovazione, essendo contenuta in una legge ordinaria, non preceduta da accordi con la Santa Sede, avrebbe prodotto una modificazione dei Patti Lateranensi senza il procedimento di revisione costituzionale richiesto dal ripetuto art. 7 e dall'art. 138 della Costituzione. Per il giudice *a quo*, in conformità al *dictum* della Corte di cassazione a sezioni unite (sent. 12 marzo 1970, n. 635), l'art. 34 del Concordato tra l'Italia e la Santa Sede avrebbe inteso riconoscere all'interno dello Stato il matrimonio celebrato con il rito religioso,



Il giudice delle leggi aveva indicato a chiare lettere il nesso intercorrente tra il principio di laicità, da un lato, e, dall'altro, la disciplina della giurisdizione in materia di nullità matrimoniale e la specifica regolamentazione dei rapporti tra i due ordinamenti (dello Stato e della Chiesa cattolica) in relazione alle vicende dei matrimoni canonici successive alla loro trascrizione nei registri dello stato civile. Per esso, infatti, "coerentemente con il principio di laicità ... il giudice dello stato esprime la propria giurisdizione sull'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio, attraverso lo speciale procedimento di delibazione regolato dalle stesse norme dell'Accordo in modo ben più penetrante che nella disciplina originaria del Concordato"<sup>100</sup>.

In sintesi, la nuova disciplina del 1984 ha dato vita ad "un sistema di separazione imperfetta"<sup>101</sup>, occasionata per questa parte dalle pronunce di accoglimento di questioni di legittimità costituzionale della pregressa disciplina di derivazione pattizia. Con essa, le Parti hanno convenuto espressamente di potenziare i poteri del giudice della delibazione alla luce sia dell'intento comune di porre fine all'operatività del modello concordatario lateranense improntato alla necessaria (obbligata) omogeneità degli *status* matrimoniali nei due ordinamenti ed alla esclusività della giurisdizione ecclesiastica, sia dell'impegno di ognuna delle due Parti (e dunque anche della Chiesa) al rispetto dell'indipendenza e della sovranità dell'altra (e, dunque, anche dello Stato) nell'ordine rispettivamente proprio<sup>102</sup>. In questo senso, pertanto, e per questi specifici profili, il principio di laicità/sovranità dello Stato è il canone primario per il potere-dovere del giudice civile di interpretare le norme statuali (siano esse pattizie o unilaterali) in materia di delibazione<sup>103</sup>.

---

quale istituto disciplinato dal diritto canonico, cioè con il suo carattere sacramentale indissolubile.

<sup>100</sup> Sentenza n. 421 del 1993, successiva dunque sia all'Accordo 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, sia alla sentenza n. 203 del 1989 della stessa Corte costituzionale, che aveva enunciato il principio di laicità, che presiede, dunque, anche all'interpretazione del nuovo Accordo, reso esecutivo con legge 25 marzo 1985 n. 121.

<sup>101</sup> Così **F. FINOCCHIARO**, voce *Matrimonio concordatario*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 755.

<sup>102</sup> "La Repubblica italiana e la Santa Sede riaffermano che lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani, impegnandosi al pieno rispetto di tale principio nei loro rapporti [...]" (art. 1 dell'Accordo del 1984).

<sup>103</sup> Anche in materia di giurisdizione penale (e più precisamente di pretesa di immunità penale per i soggetti preposti al governo degli enti centrale della Santa Sede), il giudice della legittimità ha affermato che "ove sussista una potestà d'imperio



Nella pronuncia in esame, invece, le sezioni unite, al pari della prima sezione nell'ordinanza di rinvio, non si sono nemmeno poste il problema di una lettura della fattispecie sottoposta al loro esame nella prospettiva delle eventuali implicazioni del principio di laicità<sup>104</sup>.

Le complesse vicende del tema dell'ordine pubblico in rapporto al matrimonio canonico da trascrivere o trascritto (per i profili sostanziali e per quelli processuali) sono complesse ma ben note per dovere essere anche solo riassunte in questa sede<sup>105</sup>. La breve stagione della doverosa operatività del limite (dopo la ricordata pronuncia del giudice delle leggi) - che si richiamava anche all'espressa affermazione della stessa Corte che gli impegni assunti da uno dei contraenti del concordato lateranense, assimilato agli accordi di diritto internazionale, devono essere intesi nel senso meno gravoso per ognuna delle parti e meno invasive della sua sovranità<sup>106</sup> - fu interrotta agli inizi degli anni ottanta a seguito dell'asserto della Suprema Corte che gli impegni pattizi in materia di delibazione dovevano essere definiti ed interpretati alla luce della "maggiore disponibilità" in siffatta materia dell'ordinamento italiano nei confronti di quello della Chiesa<sup>107</sup>.

Nel periodo pre-repubblicano, l'affermazione aveva riferimenti normativi formali, certi e specifici, con riferimento alle disposizioni concordatarie allora in vigore, e generali, con riferimento al richiamo alla qualificazione in senso confessionista posta a fondamento dei Patti lateranensi con il richiamo all'allora vigente Statuto albertino, che rendevano palese l'anzidetto principio.

L'art. 34 del Concordato conteneva un richiamo espresso alla natura sacramentale del matrimonio; il suo riconoscimento agli effetti

---

dello Stato è esclusa ogni sovranità e indipendenza della Chiesa, alla quale d'altra parte resta riconosciuta l'assoluta autonomia nell'esercizio del suo alto ministero, ovunque si espliciti" (cfr. Cass., sez. I pen., 9 aprile 2003 n. 22516), costituendo la regola un corollario del principio costituzionale della distinzione degli ordini.

<sup>104</sup> Deve quindi condividersi la valutazione di N. MARCHEI, *La giurisdizione dello Stato*, cit., p. 107, secondo cui le sezioni unite, dopo l'Accordo del 1984, «travolto il vecchio sistema, [...] hanno intrapreso, di contro, un'opera di "erosione" dei nuovi spazi di sovranità e di ridimensionamento delle innovazioni introdotte».

<sup>105</sup> Per i profili processuali si veda, da ultimo, N. MARCHEI, *La giurisdizione dello Stato*, cit..

<sup>106</sup> Corte cost., sentenza n. 169 del 1971.

<sup>107</sup> Così Cass., sez. un., 1 ottobre 1982, n. 5026, in *Dir. eccl.*, 1982, II, p. 598 ss., per la quale la dichiarazione di esecutività può essere negata soltanto in presenza di una contrarietà "così accentuata da superare il margine di maggiore disponibilità che l'ordinamento statale si è imposto rispetto all'ordinamento canonico".

Sul punto rinvio, per tutti, a J. PASQUALI CERIOLI, *La «maggiore disponibilità» nei confronti del diritto canonico matrimoniale: una formula «ellittica» al vaglio dell'evoluzione dell'ordine pubblico*, in *Diritto e religione*, n. 1/2008, I, p. 344 ss.



civili intendeva conseguire il fine di “ridonare dignità all’istituto del matrimonio conformemente alle sue tradizioni”; riconosceva la giurisdizione esclusiva della Chiesa; dava efficacia ai provvedimenti di dispensa in ordine ai matrimoni validamente celebrati ma non consumati, benché il codice civile affermasse l’indissolubilità del vincolo matrimoniale quale principio di ordine pubblico; qualificava “ordinanza” il provvedimento della Corte d’Appello destinato, all’esito di un procedimento ufficioso, a dare efficacia alle sentenze di nullità ed ai provvedimenti di dispensa dei tribunali e dei dicasteri ecclesiastici; dava atto del consenso della Santa Sede “quanto alle cause di separazione personale” a che fossero “giudicate dall’autorità giudiziaria civile”. La legge matrimoniale, poi, completava nel dettaglio una disciplina alla cui luce il compito della Corte d’appello si limitava nella pratica ad apporre alla sentenza canonica il timbro dell’*exequatur*, a prenderne atto “previo un semplice esame esterno”<sup>108</sup>, senza compiere alcuna indagine sul possibile contrasto “con determinate norme o almeno con i principi fondamentali del diritto italiano”<sup>109</sup>.

Questa originaria “maggiore disponibilità” (per meglio dire, piena ed assoluta disponibilità) è andata dapprima attenuandosi, per porre rimedio alle incongruenze manifestatesi nel raccordo tra norme pattizie e norme interne, sostanziali e processuali, poi (ma *in primis*) incrinandosi a seguito ed in forza dell’entrata in vigore della Costituzione repubblicana; e si è quindi frammentata dapprima ad opera della Corte costituzionale, poi con l’Accordo di revisione del 1984 e, ancora, con le successive pronunce della Corte costituzionale in materia.

In una prospettiva diacronica, dunque, non ha più fondamento assumere a principio informatore il principio “occulto”<sup>110</sup> della “maggiore disponibilità” prendendo a sostegno di essa - come fanno ancora oggi le sezioni unite- una sentenza delle stesse (la n. 5026 del 1982) che ha formulato quella regola con riferimento all’art. 34 del

---

<sup>108</sup> L’espressione è di **L. MORTARA**, *Istituzioni di procedura civile*, nuova edizione aggiornata dall’autore, Barbera, Firenze, 1935, p. 399.

<sup>109</sup> In questo senso si veda, per tutti, **V. DEL GIUDICE**, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 10<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 1970, p. 316, il quale ricorda (alla nota 7) come “il D’Amelio nel discorso al Senato sugli Accordi del Laterano, del 24 maggio 1929, dice[ssse]: Il processo di cognizione e di esecuzione si riassume e si esaurisce in questa semplice formula: - Un sacramento è stato annullato. Lo Stato, che vi aveva attribuito effetti civili al momento della celebrazione, *prende atto dell’annullamento* e fa cessare gli effetti civili”.

<sup>110</sup> «I principi “occulti” - scrive **G. ALPA**, *I principi*, cit., p. 176 - servono ad elaborare decisioni formalmente presentate come coerenti a principi palesi, ma sostanzialmente inerenti alla politica del diritto dell’interprete».



concordato lateranense (abrogato, dall'art. 13.1 del nuovo accordo): una regola che voleva fronteggiare in via preventiva le drastiche conseguenze che avrebbero potuto discendere da un'incontrollata applicazione "estensiva" della sentenza n. 18 del 1982 della Corte costituzionale, cui avevano fatto ricorso alcune Corti d'Appello, ma che non poteva certo tenere conto del principio di laicità che sarebbe stato enunciato dal giudice delle leggi ben sette anni dopo<sup>111</sup>.

Il salto logico che connota l'argomentazione delle sezioni unite è manifesto. È da condividersi che, come si legge, il giudice della deliberazione dovrà «tenere presente, ai sensi del protocollo addizionale ... "la specificità" del diritto canonico»<sup>112</sup>, ma va subito detto che questa constatazione non comporta logicamente che nell'attività ermeneutica egli dovrà tenere presente "con essa il maggiore favore che lo Stato italiano accorda all'efficacia interna delle sentenze emesse in base a quell'ordinamento, rispetto alle pronunce di altri Stati esteri", secondo

---

<sup>111</sup> Nega che possa «dirsi che esista una sorta di "continuità" tra la vecchia e la nuova disciplina "concordataria" del matrimonio, perché quest'ultima appare chiaramente ispirata ad una *ratio* totalmente estranea ai Patti lateranensi, se non addirittura con essi in aperto ed inconciliabile conflitto: l'affermazione della tutela dell'estrinsecazione del sentimento religioso dei cittadini (e non all'attuazione "strisciante" di un confessionismo di Stato)» **R. BOTTA**, *L'esegesi del silenzio (nuovo Concordato e riserva di giurisdizione ecclesiastica del matrimonio)*, nel volume collettaneo a cura di S. Bordonali e A. Palazzo, *Concordato e legge matrimoniale*, Jovene, Napoli, 1990, p. 687 s.; in senso contrario si veda **S. GHERRO**, "Accordo di modificazioni del Concordato lateranense" e giurisdizione dei tribunali ecclesiastici (*Considerazioni a prima lettura*), nel volume collettaneo, *Nuovi accordi fra Stato e confessioni religiose*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 217 ss., il quale, sulla base di "un principio di conservazione delle regole contenute nel Concordato" tratto dalle indicazioni testuali della rubrica e del preambolo del nuovo Accordo, ritiene che "si deve presumere la conservazione dell'antico non solo quando ciò risulti palese, ma anche laddove si incontrino affermazioni di incerto significato" (p. 217). Non sembra condivisibile la tesi dell'individuazione di un sorta di principio di conservazione a fronte della contraria ed espressa regola di cui all'art 13.1 del nuovo Accordo, per la quale "le disposizioni del Concordato stesso non riprodotte nel presente testo sono abrogate".

<sup>112</sup> La formulazione richiama, all'evidenza, l'asserzione risalente che "a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 18 del 2 febbraio 1983, la Corte d'appello, chiamata a dare esecuzione in Italia ad una sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità di un matrimonio concordatario, ai sensi degli artt. 1 della legge 27 maggio 1929 n. 810 e 17 della legge 27 maggio 1929 n. 847, deve fra l'altro accertare se la sentenza ecclesiastica non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano e cioè non leda non solo i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, ma anche i principi fondamentali, essenziali e caratterizzanti dell'ordinamento italiano, posti dalla Costituzione o anche dalle leggi, sia pure con il limite derivante dalla peculiarità dei rapporti fra Stato e Chiesa" (Cass., sez. I, 19 marzo 1986 n. 1897): "peculiarità" imprecisata, sia quanto alle fonti normative che la prevederebbero sia quanto ai contenuti che la contraddistinguerebbero.



l'affermazione ripresa dalla risalente sentenza, già ricordata, n. 5026 del 1982<sup>113</sup>.

“*Con essa*”, si badi bene: la “maggiore disponibilità”, dunque, non si ricava (né si potrebbe ricavare<sup>114</sup>) in via deduttiva dalla norma di dettaglio del protocollo addizionale che evidenzia la “specificità dell’ordinamento canonico”, ma è una asserita nuova regola che si affianca a quest’ultima, senza che ne sia indicata la fonte normativa che la prescrive. Se la specificità ha un espresso riscontro normativo, questo manca del tutto per il maggiore favore, né si può sostenere che l’uno e l’altro siano legati (nel sistema normativo vigente) da un nesso di causalità necessaria o di semplice implicazione.

L’espresso richiamo, operato per la prima in una norma pattizia, all’applicazione degli articoli 796 e 797 del codice di rito (nel testo allora in vigore<sup>115</sup>) al fine di rendere esecutiva la sentenza di nullità di un matrimonio canonico trascritto emanata da un tribunale ecclesiastico (fatto senza mai menzionare l’istituto della delibazione delle sentenze straniere), esige opportune precisazioni (e la previsioni di clausole in deroga) che consentissero “la migliore applicazione” dell’art. 8.2 dell’Accordo con riguardo allo speciale procedimento adottato ed “adattato”. Ché, altrimenti, mai una sentenza canonica avrebbe potuto conseguire efficacia civile, non essendo essa per così dire strutturalmente assimilabile alla “sentenza straniera” - per definizione proveniente da altri ordinamenti statuali (ognuno di essi con un proprio popolo ed un proprio territorio) - cui faceva riferimento l’art. 796 c.p.c.<sup>116</sup>.

Ed infatti nel protocollo addizionale all’Accordo le parti concordano le seguenti tre precisazioni:

---

<sup>113</sup> Come osserva al riguardo **J. PASQUALI CERIOLI**, *La «maggiore disponibilità»*, cit. p. 358, la giurisprudenza ha considerato «la sottolineatura legislativa del carattere peculiare del diritto confessionale una declinazione della “maggiore disponibilità”».

<sup>114</sup> Sui criteri ermeneutici da adoperare nell’interpretazione del Protocollo addizionale e dell’Accordo rinvio, per comodità, a quanto scritto più avanti (p. 114 ss., nel testo e nelle note).

<sup>115</sup> Ambedue gli articoli sono stati abrogati dall’art. 73 della l. 31 maggio 1995, n. 218, a far data dal 1° ottobre 1996.

<sup>116</sup> In questo senso, autorevolmente, anche quanto al criterio storico di interpretazione fondato sulla volontà delle parti, si veda **F. MARGIOTTA BROGLIO**, *Sulle condizioni per la delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, nel volume collettaneo a cura di F. Cipriani, *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, ESI, Napoli, 1992, p. 231 ss.; sul punto, nello stesso volume, si veda anche **N. COLAIANNI**, *Sulla delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, per il quale il richiamo alla specificità dell’ordinamento canonico attesterebbe “che c’è un *proprium* irriducibile, nel suo nucleo forte, alla dimensione del diritto statale” (ivi, p. 233).



- il richiamo fatto alla “legge del luogo” (di cui ai nn. 3 e 4 dell’art. 797 c.p.c.<sup>117</sup>) (al fine dell’accertamento che la citazione fosse stata notificata a norma di legge, e che parimenti avesse avuto luogo la costituzione delle parti ovvero la valida dichiarazione di contumacia) “si intende fatto al diritto canonico dal quale è regolato il vincolo matrimoniale, che in esso ha avuto origine”, e ciò a motivo dell’inutilizzabilità del criterio della *lex loci*, in quanto che il territorio della (frazione della) Chiesa cattolica per la quale la Santa Sede ha stipulato l’Accordo del 1984 è quello stesso territorio che è elemento costitutivo della sovranità dello Stato italiano, sottoposto in via esclusiva al suo ordinamento;

- deve considerarsi “passata in giudicato la sentenza che sia divenuta esecutiva secondo il diritto canonico”, a seguito di una duplice sentenza conforme, in considerazione del fatto che per le sentenze in materia di *status* l’ordinamento canonico non consente l’operatività della cosa giudicata formale (art. 324 c.p.c.), la quale circostanza ne renderebbe impossibile a tempo indeterminato l’efficacia civile;

- “in ogni caso”, infine, “non si procederà al riesame del merito”.

Dunque, le prime due concrete “specificazioni della specificità” - che in forza dell’inciso “in particolare ...” che le precede devono intendersi comprese in una elencazione tassativa e non meramente indicativa delle ipotesi derogatorie concordate dalle parti contraenti - costituiscono un mero adattamento tecnico-interpretativo della disciplina ordinaria dei presupposti della delibazione delle sentenze provenienti da altri Stati alle peculiarità dell’ordinamento della Chiesa.

La terza “specificazione della specificità”, ed essa soltanto, costituisce la disciplina concordata di maggiore favore, al fine di evitare una sorta di nuovo appello per abuso che possa condurre alla eventuale riforma, sia pure in ipotesi tassativamente previste, della pronuncia ecclesiastica ad opera del giudice civile, chiamato ad applicare il diritto canonico<sup>118</sup>; e tuttavia, si tratta di un maggiore favore cui sovente è fatto

---

<sup>117</sup> Il richiamo al n. 2 è superato dalla lettera a dell’art. 8.2 dell’Accordo, in quanto la Corte d’Appello dovrà accertare “che il giudice ecclesiastico era il giudice competente a conoscere della causa in quanto matrimonio celebrato in conformità del presente articolo”.

<sup>118</sup> Ricorda C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 2<sup>a</sup> ed., il Mulino, Bologna, 1996, p. 460, che nel corso dei lavori di revisione del Concordato lateranense fu “proprio la parte laica a chiedere la cancellazione dalla II bozza della esplicita previsione del riesame nel merito, e ciò per evitare il ritorno a forme premoderne di giurisdizionalismo e di commistione tra Stato e Chiesa”. Il divieto, in altre parole, “sta proprio ad evitare che la giurisdizione statale si trovi in qualche modo coinvolta nella prospettiva confessionale del matrimonio” (p. 461).



ricorso nella disciplina convenzionale dell'efficacia civile di sentenze straniere, che prevale sulla disciplina generale del codice di rito.

L'odierna affermazione della regola-principio del maggiore favore costituisce, dunque, una autonoma ed indebita integrazione giurisprudenziale della norma pattizia attuata in via interpretativa<sup>119</sup>. Qualsiasi criterio di interpretazione consente di negare che lo Stato italiano - come si evince concordemente dal testo dell'accordo, dalla *ratio legis*, e dalla volontà delle parti quale può essere ricostruita attraverso i lavori preparatori - "s'è imposto con il protocollo addizionale" un qualche "favore particolare" al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità, con una portata generale tale da applicarsi ai profili di diritto sostanziale (relativi alle categorie delle nullità matrimoniali canoniche suscettibili di acquisire rilevanza ed efficacia civile) o di diritto processuale (relativi ai limiti del controllo giudiziale della non contraddittorietà all'ordine pubblico), diverso dalla sola ipotesi concordata dalle parti in forma espressa, ed in via tassativa, in punto di riesame del merito.

L'integrazione è indebita (sul piano delle fonti e della procedura della loro integrazione) perché l'ordine giudiziario invade, così facendo, il campo della discrezionalità politica del governo in materia di accordi con la Chiesa cattolica, che è ad esso riservato in via esclusiva dalla Costituzione e dalla legge<sup>120</sup>, determinando un'ipotesi di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

Indebita, ancora, lo è nel merito del criterio esegetico adottato, perché - se in vigenza della disciplina pattizia del 1929 era ancora comprensibile il richiamo al così detto "spirito del concordato", benché sovente non compatibile con i principi costituzionali - i principi ispiratori del nuovo accordo, in materia sia di sovranità dello Stato nel suo ordine sia di giurisdizione e delibazione, sono, come si è detto, di segno contrario. Questi principi sono intesi a riconoscere - nel segno sia della piena e libera autodeterminazione dei privati nella scelta dello *status* di coniugi<sup>121</sup>, sia del potere-dovere dei giudici di essere "soggetti

---

<sup>119</sup> Essa è, infatti, "frutto di un impegno nomopoietico più che di rigore interpretativo": cfr. J. PASQUALI CERIOLI, *La «maggiore disponibilità»*, p. 366.

<sup>120</sup> Per l'art. 2.3, lett. i, legge 23 agosto 1988, n. 400, "sono sottoposti alla deliberazione del Consiglio dei ministri [...] gli atti concernenti i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica di cui all'art. 7 della Costituzione". L'art. 14 del nuovo Accordo, inoltre, prevede espressamente che in caso di "difficoltà di interpretazione o di applicazione" delle norme pattizie, le parti "affideranno la ricerca di un'amichevole soluzione ad una Commissione paritetica da loro nominata".

<sup>121</sup> Il matrimonio canonico e le sentenze ecclesiastiche di nullità "possono produrre effetti civili, ma solo per impulso dei cittadini-fedeli": così F. FINOCCHIARO, voce *Matrimonio*, cit., p. 755.



soltanto alla legge" dello Stato – facoltà e poteri limitativi della pretesa a fare valere quanto più ampiamente ed intensamente possibile la potestà giurisdizionale della Chiesa sul matrimonio canonico trascritto dei cittadini-fedeli.

Del resto, non può non costituire un insuperabile controsenso affermare la fine della riserva di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici (che nel maggiore favore trovava nel passato il fondamento teorico e pratico) - e dunque riconoscere la (possibilità dell'esercizio della) giurisdizione dello Stato sui matrimoni sorti nell'ordinamento della Chiesa e disciplinati dal diritto canonico, sempre che abbiano acquistato efficacia civile con la trascrizione - ed al contempo affermare il maggiore o particolare favore per le sentenze dei tribunali ecclesiastici che lo Stato si sarebbe (addirittura) "imposto". Uno Stato che, a fronte della pluralità di opzioni matrimoniale praticabili dai suoi cittadini, offre loro la garanzia della libera scelta tra la propria giurisdizione e quella della Chiesa; e che, ancora, garantisce ai cittadini che abbiano prescelto quest'ultima la facoltà di fare sì che l'efficacia di un'eventuale pronuncia di nullità dei tribunali ecclesiastici sia operante solo *in facie Ecclesiae*, mantenendo uno *status* coniugale nell'ordinamento civile che non ha più riscontro in quello canonico.

La regola del maggiore favore comprometterebbe proprio quella garanzia della libera scelta, poiché essa determinerebbe una violazione irragionevole del principio d'uguaglianza senza distinzione di religione. Infatti, i cittadini-fedeli che hanno optato per la giurisdizione dello Stato potrebbero vedere rigettata un'impugnazione del matrimonio canonico trascritto qualora non sussistano i presupposti di invalidità previsti dal codice civile, mentre nelle identiche condizioni coloro che avessero optato per la giurisdizione ecclesiastica, una volta ottenuta la pronuncia di nullità sulla base della differente (e, per questi aspetti, più "favorevole") disciplina canonica (e della sempre più accondiscendente prassi giurisprudenziale dei tribunali ecclesiastici regionali e della stessa Rota romana, più volte messa criticamente in luce dal pontefice regnante e dal suo predecessore), ne potrebbero ottenere la dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana solo in forza di quell'asserito maggiore favore.

E determinerebbe, ancora, una violazione del principio di laicità perché l'obbligo di applicazione della regola che grava sul giudice della delibazione ne configurerebbe il potere-dovere di soggezione alla legge in maniera diversa che per l'altro giudice dello Stato implicato, nella medesima fattispecie, quale giudice della nullità.



## 11 – (segue) ... e dalle sezioni semplici

Anche la giurisprudenza della prima sezione, della terza e della sezione lavoro che ha affrontato (o ha omesso di affrontare) il tema della laicità e l'applicazione del principio offre un quadro d'insieme variegato, nel quale si colgono accanto a statuizioni debitamente attuative del principio anche argomentazioni elusive, ridondanti ai fini del decidere, e talvolta di spiccato contenuto ideologico nella loro genericità e pretesa generalità.

### 11.a) La personalità giuridica privata degli enti di culto

La prima sezione, in linea con l'indirizzo accolto dalle sezioni unite e pronunciandosi su di una inconsueta fattispecie<sup>122</sup>, ha ribadito che "agli enti di culto non può essere riconosciuta la personalità giuridica pubblica", poiché essa comporterebbe una ingerenza dello Stato nell'organizzazione delle confessioni - esercitata per mezzo dei poteri, conseguenti e necessari, di vigilanza e controllo - in violazione delle libertà garantite dagli artt. 8 e 19 Cost.. Ed ha anche fatto un'affermazione di non secondario rilievo precisando che, in forza del principio di laicità, «le finalità di culto non possono rientrare sotto altro aspetto tra i fini istituzionali dello Stato e degli altri enti pubblici e formare oggetto di "servizio pubblico" in senso stretto».

### 11.b) L'insegnamento della religione nella scuola pubblica e gli insegnanti

La sezione lavoro, che pure - come si è già ricordato - aveva fatto puntuale applicazione del principio di laicità con riguardo al tema della natura privatistica delle organizzazioni confessionali ed al conseguente riparto di giurisdizione<sup>123</sup>, si astiene dall'applicarlo in materia di insegnamento (esclusivo) della religione cattolica nelle scuole pubbliche e di tutela "lavoristica" di quanti la insegnano.

Afferma, ad esempio, essere "indubbio che anche in uno Stato laico deve assumere specifica rilevanza l'insegnamento di una religione, che di fatto ha segnato la civiltà e la cultura dello Stato stesso, determinandone le tradizioni, i valori e la coscienza collettiva, salvo sempre il rispetto della libertà di coscienza e delle autonome scelte di

---

<sup>122</sup> Cass., sez. I, 1 ottobre 1997 n. 9585, in materia di diritto (ritenuto sussistente) alla retrocessione di un complesso parrocchiale edificato da un ente di diritto pontificio dopo la scadenza dei termini fissati nel decreto di esproprio del terreno di proprietà di privati, e dunque in regime di occupazione illegittima.

<sup>123</sup> Si rinvia al paragrafo 9.a) che precede, p. 23.



ciascun cittadino”<sup>124</sup>, senza porsi il problema del rispetto del pluralismo confessionale, ed in particolare modo della garanzia costituzionale dell’uguale libertà di tutte le confessioni “davanti alla legge”, che non possono essere discriminate per considerazioni attinenti la loro natura ed i profili storico-sociologici o quantitativi, come ha da tempo affermato il giudice delle leggi.

La pronuncia appena richiamata propone anzi l’ulteriore controsenso della laicità garante della confessionalità e del controllo del dissenso interno alla Chiesa: di una laicità, dunque, della quale è teorizzato “un uso simbolico (o retorico) per giustificare, paradossalmente, forme di violazione o di arbitraria declinazione”<sup>125</sup>.

I giudici, infatti, ritengono che, nell’ottica anzidetta, l’impegno concordatario e la parallela «istanza della “coscienza civile e religiosa dei cittadini”» richiedano che l’insegnamento pubblico della religione “[assuma] una connotazione naturale di confessionalità [e sia] permeato da una essenziale esigenza di fedeltà ai dati della rivelazione e all’ortodossia”: sarebbe così consentita la conoscenza di quei valori religiosi la cui appartenenza alla tradizione culturale del paese ne giustificerebbe pienamente “una accentuata considerazione [...] da parte del nostro legislatore”.

Non vi è necessità di commenti approfonditi per illustrare come sia in contrasto con valori e principi della Costituzione<sup>126</sup> la metamorfosi così imposta (all’insegnamento della religione<sup>127</sup>, e) alla scuola pubblica che deve essere incontestabilmente contrassegnata da “libertà e tolleranza”<sup>128</sup>. Una scuola che dovrebbe garantire l’assolvimento dell’obbligo dello Stato di assicurare, meglio di qualsiasi altro soggetto, ed in forza del pluralismo interno all’istituzione scolastica, l’obiettività e l’imparzialità dell’istruzione, intesa come

---

<sup>124</sup> Cass., sez. lav., n. 2243 del 2005.

<sup>125</sup> L’espressione è adoperata da **R. TREVES**, *Dai principi ai diritti. Aspetti sociologici*, in *I principi generali del diritto*, cit., p. 63, richiamando il pensiero di Vincenzo Ferrari che illustra le operazioni che la sociologia giuridica può svolgere per esaminare le violazioni dei diritti umani.

<sup>126</sup> Il contrasto è manifesto (su altro piano, e tenendo nel debito conto il diverso grado di vincolatività) anche con *I Toledo Guiding Principles on Teaching about Religions and Beliefs in Public Schools*, a cura del Odhr Advisory Council of Experts on Freedom of Religion or Belief, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Warsaw, 2007.

<sup>127</sup> In questa prospettiva l’insegnamento della religione non è molto distante dall’essere considerato in pratica - come recitava l’art. 36 del Concordato lateranense - “fondamento e coronamento dell’istruzione pubblica”.

<sup>128</sup> Rinvio sul punto ad **A. TALAMANCA**, *Libertà della scuola e libertà nella scuola*, Cedam, Padova, 1975.



necessario strumento di allargamento dell'area di effettiva manifestazione della pluralità delle voci presenti nella nostra società, in un settore particolarmente delicato, perché coinvolge la formazione delle coscienze ed incide sulla libertà dei discenti<sup>129</sup>. Una scuola che, in conformità alla finalità ed agli effetti della disciplina pattizia così interpretata, finisce con l'assumere tutt'al contrario<sup>130</sup> il ruolo, la struttura, il modello organizzativo ed il fine propri di un ente di tendenza, e con il richiamare l'immagine (che il nuovo Accordo avrebbe dovuto fare dimenticare) di uno Stato che "si fa catechista ed educatore della coscienza religiosa dei singoli"<sup>131</sup>. Questa assunzione confligge sotto ogni aspetto con un sistema normativo scolastico che indica quale funzione primaria della scuola e quali principi ispiratori del suo ordinamento vuoi l'educazione al pluralismo religioso e culturale ed alla tolleranza, vuoi la libertà di coscienza degli alunni<sup>132</sup>, in applicazione del principio del pluralismo formativo e del più generale principio pluralista posto dalla Costituzione.

Con riferimento agli insegnanti di religione nelle scuole pubbliche, si devono ricordare gli specifici dati normativi che li concernono: l'art. 9.2 dell'Accordo del 1984 (a differenza di quanto fa *expressis verbis* l'art. 10.3 con riguardo alle nomine dei docenti dell'Università Cattolica del Sacro Cuore e degli istituti che da essa dipendono<sup>133</sup>) non menziona alcun requisito di idoneità, né prevede

---

<sup>129</sup> L'obbligo di impartire l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche "in conformità alla dottrina della Chiesa" richiama in qualche misura, ad esempio, la disposizione dello Statuto dell'Università cattolica del Sacro Cuore (art. 1) nel quale si legge che "scopo di essa è di contribuire allo svolgimento degli studi e di preparare i giovani alle ricerche scientifiche, agli uffici pubblici ed alle professioni liberali, con una istruzione, adeguata ad una educazione morale, informata ai principi del cattolicesimo".

<sup>130</sup> Si vedano le osservazioni di **R. BOTTA**, *La parità scolastica e la laicità "latitante"*. *Il sistema nazionale di istruzione tra riforme legislative e diritto comunitario sui servizi alla persona*, nel volume collettaneo a cura di C. Cardia, *Studi in onore di Anna Ravà*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 153 ss.

<sup>131</sup> Cfr. **U. POTOTSCHNIG**, *Problemi giuridici dell'insegnamento della religione nelle scuole statali*, ora in *Scritti scelti*, Cedam, Padova, 1999, p. 811 (già in *Riv. giur. della scuola*, 1971, p. 821 ss.).

<sup>132</sup> Per gli artt. 1.2 e 2.1 D. Lgs.vo 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) l'attività di promozione della piena formazione della personalità degli alunni è attuata "attraverso un confronto aperto di posizioni culturali" e "nel rispetto della coscienza morale e civile degli alunni". Rinvio, sul punto, al mio *Il crocifisso nelle scuole: neutralità dello Stato e "regola della precauzione"*, in *Dir. eccl.*, 2005, I, specie p. 18 ss.

<sup>133</sup> Le cui nomine, infatti, sono in forma espressa "subordinate al gradimento, sotto il profilo religioso, della competente autorità ecclesiastica" (art. 10.3 del nuovo



forme di gradimento atto a subordinarne la nomina. Il punto 5.a del Protocollo addizionale - che "fa parte integrante dell'Accordo" (punto 7, ultimo comma), ma non ha finalità innovative del suo contenuto precettivo, essendo volto ad "assicurare con opportune precisazioni la migliore applicazione" e ad "evitare ogni difficoltà di interpretazione" del medesimo preambolo<sup>134</sup> - dispone che l'insegnamento sia impartito

---

Accordo), formula che esclude ogni valutazione di carattere "morale", per il carattere innovativo che presenta rispetto a quella dell'art. 38 del concordato lateranense: per quest'ultimo, infatti, le nomine erano invece "subordinate al nulla osta da parte della Santa Sede diretto ad assicurare che non vi sia alcunché da eccepire dal punto di vista morale e religioso".

Subito dopo la stipula del nuovo Accordo osservava **C. CARDIA**, *Intervento* (alla Tavola rotonda su *Confessioni religiose e sistema educativo*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1984, p. 29 ss.) che i problemi in ordine ai programmi dell'insegnamento ed alla qualificazione professionale degli insegnanti di religione nelle scuole pubbliche "non possono essere affrontati e risolti pienamente se non si perviene ad un più limpido inquadramento giuridico del *nulla osta* che, **come è noto**, è rilasciato dalla autorità ecclesiastica ai docenti e condiziona l'esercizio del loro insegnamento" (*ivi*, p. 32, mio il grassetto). Prospettava così l'opportunità di "giungere a soluzioni nuove che sappiano conciliare la necessaria autonomia della Chiesa e insieme la tutela di alcuni diritti degli insegnanti di religione, e che riconducano il *nulla osta* alla sua funzione originaria, e tuttora valida, di collegamento all'insegnamento della dottrina cattolica, ed ipotizzava la costituzione di un organismo collegiale al quale "spetterebbe di valutare la fondatezza, o l'arbitrarietà, di provvedimenti ecclesiastici di revoca del *nulla osta* qualora ad essi si opponga, motivatamente, il docente interessato". Cardia riprendeva ed adattava l'ipotesi prospettata da **S. BERLINGÒ**, *Scuole confessionali, diritto allo studio e pluralismo scolastico (dalla sovvenzione alla programmazione, dallo Stato alle autonomie)*, nel volume collettaneo *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 651 ss. (specie p. 684).

<sup>134</sup> Il Protocollo addizionale, dunque, sebbene faccia parte dell'Accordo, non ne innova il contenuto precettivo per espressa volontà delle parti, chiaramente enunciata nel preambolo: non per nulla le parti non hanno adoperato il termine "convengono" o altro analogo, ma la formula "dichiarano di comune intesa".

Quanto ai criteri di interpretazione dell'Accordo (considerato nella sua interezza), valgono per esso le regole del diritto internazionale generale, che coincidono con le regole dettate in materia dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (che, se diverse, obbligherebbero solo gli Stati che hanno aderito alla Convenzione). In sintesi l'Accordo, al pari di ogni trattato, deve essere interpretato secondo buona fede (della quale è riconosciuto "le rôle fondamental e le caractère dominant") seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini adoperati, nel loro contesto ed alla luce dell'oggetto e dello scopo che gli sono propri. Questa regola, che discende dall'art. 31 della Convenzione di Vienna, "doit être envisagée comme formant un tout intégré, dont les éléments constitutifs ne peuvent être séparées [...] Tous les éléments de la règle générale d'interprétation sont à la base d'une recherche objective et rationnelle qui permet d'établir l'intention et la volonté commune des parties". L'orientamento è felicemente ed autorevolmente riassunto nella Sentence Arbitrale du 12 Mars 2004 della Court Permanent d'Arbitrage, nell'Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française (che può leggersi in



da “insegnanti che siano riconosciuti idonei dall’autorità ecclesiastica”, senza altra specificazione, ed “in conformità alla dottrina della Chiesa”, con chiaro riferimento ai programmi dell’insegnamento; mentre il successivo punto 5.b.4 rinvia ad una ulteriore intesa che determini (per quanto concerne gli aspetti soggettivi) “i profili della qualificazione professionale degli insegnanti” e (per quanto concerne gli aspetti oggettivi) “i programmi dell’insegnamento della religione cattolica per i diversi ordini e gradi delle scuole pubbliche”.

La qualificazione professionale è dunque il solo parametro della “idoneità” dei docenti di religione nelle scuole pubbliche riconducibile alla volontà delle parti trasfusa nell’Accordo. Una prima intesa attuativa nella materia si è limitata a fare riferimento ad un insegnamento “impartito ai sensi del punto 5, lettera a) del protocollo addizionale da insegnanti riconosciuti idonei dalla competente autorità ecclesiastica”, ed ha disposto che l’idoneità debba essere “riconosciuta dall’ordinario diocesano e da esso non revocata” con riferimento alla qualificazione professionale, la sola i cui profili sono stati puntualmente e

---

[http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1221](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1221)). I passi citati sono ripresi dal capitolo IV “L’interprétation des traités conformément au droit international”.



bilateralmente determinati<sup>135</sup>; una seconda intesa attuativa ha poi previsto l'efficacia permanente dell'idoneità, salvo revoca<sup>136</sup>.

Alla luce della disciplina concordata non si può dunque condividere l'affermazione del giudice della legittimità per il quale "nessun dubbio può permanere sulla competenza piena ed esclusiva dell'ordinario diocesano a stabilire l'idoneità dei docenti di religione cattolica ed a revocare ad libitum detta idoneità (cfr. Corte Cost. 22 ottobre 1999 n. 390 cit.)"<sup>137</sup>. Affermare che l'ordinario diocesano esercita

---

<sup>135</sup> La disciplina di attuazione e di dettaglio è stata apprestata dal D.P.R. 16 dicembre 1985 n. 751 (*"Esecuzione dell'intesa tra l'autorità scolastica italiana e la Conferenza episcopale italiana per l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche"*), nel quale la conformità con la dottrina della Chiesa è riferita ai programmi dell'insegnamento della religione, da adottarsi con decreto ministeriale previa intesa con la Conferenza episcopale (punto 1. *"Programmi dell'insegnamento della religione cattolica"*). Il punto 2 (*"Modalità dell'organizzazione dell'insegnamento della religione cattolica"*) si occupa (ai punti 2.5 e 2.6) della comunicazione delle nomine da parte dell'Ordinario diocesano alle autorità scolastiche. Il punto 4 (*"Profili della qualificazione professionale degli insegnanti di religione"*) si occupa dei titoli di studio di cui devono essere in possesso e del loro aggiornamento.

Ora, il punto 2.5 presenta un mero inciso (fuori contesto) secondo il quale "l'insegnamento è impartito da insegnanti in possesso di idoneità riconosciuta dall'ordinario diocesano e da esso non revocata". Se la revoca fosse riferibile a ipotesi diversa dalla nullità del titolo di studio in forza del quale l'idoneità è stata riconosciuta a suo tempo, si tratterebbe di una innovazione del contenuto precettivo dell'Accordo, che limita i diritti soggettivi degli insegnanti, senza nulla indicare in ordine ai requisiti necessari per la legittimità del provvedimento di revoca di una idoneità che è condizione dell'accesso al pubblico impiego, ai criteri e parametri del suo accertamento, alle modalità delle verifiche, alle procedure per muovere eventuali contestazione, alle necessarie garanzie in ordine ad eventuali procedimenti "sanzionatori": anche in questa ipotesi, in ogni caso, il rispetto del principio supremo della tutela giurisdizionale esige che nell'ordinamento canonico sia possibile individuare "un giudice e un giudizio", come ha ritenuto la Corte costituzionale.

<sup>136</sup> Il D.P.R. 23 giugno 1990, n. 202 (*"Esecuzione dell'intesa tra l'autorità scolastica italiana e la Conferenza episcopale italiana per l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche, che modifica l'intesa del 14 dicembre 1985, resa esecutiva in Italia con decreto del Presidente della Repubblica 16 dicembre 1985, n. 751"*) ha disposto che tra il punto 2.6 e 2.7 fosse inserito il seguente punto 2.6-bis: "Il riconoscimento di idoneità all'insegnamento della religione cattolica ha effetto permanente salvo revoca da parte dell'Ordinario diocesano".

<sup>137</sup> La sentenza n. 390 del 1999 della Corte costituzionale è richiamata in modo del tutto improprio, poiché in essa è affrontata una questione diversa ed ininfluyente, in quanto i dubbi di legittimità costituzionale investivano "la norma che prevede il conferimento di incarichi annuali da parte del capo d'istituto per l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche".

Nessun conto è dato invece al più rilevante passo della pronuncia citata nel quale si legge che "l'intesa tra autorità scolastica e Conferenza episcopale italiana, alla quale ha dato esecuzione il d.P.R. 16 dicembre 1985, n. 751, prendendo atto dell'intento dello Stato di dare una nuova disciplina dello stato giuridico degli insegnanti di religione,



un potere assolutamente discrezionale e persino non bisognoso di motivazione nella revoca della idoneità - che può essere fondata (come talvolta avviene) anche su rilievi di carattere "morale" per condotte private dei docenti<sup>138</sup> (posti così in una condizione deteriore persino rispetto agli stessi docenti dell'Università cattolica del Sacro Cuore<sup>139</sup>) - significa riconoscere una discrezionalità illimitata di apprezzamento in capo all'autorità ecclesiastica<sup>140</sup>. Una discrezionalità che squilibra il

---

implica il riconoscimento che esso sia compreso nell'ambito della legislazione scolastica di competenza statale".

<sup>138</sup> La normativa di attuazione della CEI (delibera 14-18 maggio 1990 n. 41, "Riconoscimento e revoca della idoneità all'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche", par. 2) si riferisce, però, a "il comportamento pubblico e notorio in contrasto con la morale cristiana": si veda al riguardo **R. BENIGNI**, *L'identità religiosa*, cit., specie p. 200 ss.

<sup>139</sup> Segnala **C. CARDIA**, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, 2<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2005, p. 156, che non rientra nella previsione dell'art. 10.3 del nuovo Accordo "un provvedimento di revoca del gradimento per fatti strettamente inerenti alla vita privata dell'interessato" ovvero "per meri conflitti personali tra docente ed autorità accademica", rilevando invece soltanto "un conflitto precipuamente ideologico-religioso".

La parificazione in via interpretativa dei docenti di un ente di tendenza con i docenti della scuola pubblica (quanto al gradimento) costituirebbe quel "risultato che è manifestamente assurdo o irragionevole", per evitare il quale "si può fare ricorso ai mezzi complementari di interpretazione, e in particolare ai lavori preparatori e alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso" (art. 32 della Convenzione di Vienna). Ove fosse necessario, dunque, si dovrebbe tenere conto di due circostanze, evidenziate nel preambolo dell'Accordo del 1984: che quest'ultimo è stato stipulato "tenuto conto del processo di trasformazione politica e sociale verificatosi in Italia negli ultimi decenni e degli sviluppi promossi nella Chiesa dal Concilio Vaticano II" ed ancora, che è stato stipulato "avendo presenti, da parte della Repubblica italiana, i principi sanciti dalla sua Costituzione; e, da parte della Santa Sede, le dichiarazioni del Concilio Ecumenico Vaticano II circa la libertà religiosa e i rapporti fra la Chiesa e la comunità politica, nonché la nuova codificazione del diritto canonico". Una corretta interpretazione in chiave giuridica dell'Accordo non può dunque pervenire a soluzioni "confessioniste" e/o "pre-conciliari", tenuto conto che nel "contesto" dell'Accordo è sancito il comune impegno "al pieno rispetto" del principio della reciproca indipendenza e sovranità nell'ordine proprio (art. 1).

<sup>140</sup> Il giudice della legittimità, rifacendosi all'indirizzo del giudice amministrativo, ritiene addirittura che l'ordinario diocesano eserciti "in piena autonomia e senza condizionamento alcuno ad opera dell'autorità statale i suoi poteri destinati ad incidere sulla stessa esistenza del rapporto lavorativo - senza che risulti necessaria una particolare motivazione dei suoi atti (ex plurimis: Cons. Stato 10 novembre 1993 n. 809; Cons. Stato 6 agosto 1992 n. 598; Cons. Stato 5 marzo 1985 n. 78)", dimentico del principio supremo della tutela giurisdizionale dei diritti che, nel suo nucleo più ristretto ed essenziale, esige che tutti abbiano "un giudice e un giudizio".

Peraltro, il par. 3 della delibera della CEI sopra ricordata dispone che "l'Ordinario del luogo prima di emettere il decreto di revoca dell'idoneità convoca l'insegnante contestandogli i fatti e ascoltandone le ragioni. Lo stesso Ordinario esamina e valuta i



sistema civilistico della tutela dei diritti e dei connessi profili risarcitori<sup>141</sup>, e finisce con il determinare, in chi si sentisse leso dal concreto esercizio di quel potere, una condizione di sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione garantito dall'art. 24 Cost., non dovendo l'autorità ecclesiastica rispettare alcun criterio certo, concordemente individuato, ed incontrando il solo limite "che non vengano poste in essere situazioni giuridiche incompatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale"<sup>142</sup>.

L'espresso riferimento alle risalenti sentenze n. 30 del 1971 e n. 195 del 1972 limita fino a vanificarla la portata di questa salvaguardia "residuale", che rende, come si legge nella pronuncia, solo "in astratto verificabile [...] un intervento del giudice ordinario volto a sanzionare condotte improntate ad un non corretto esercizio della discrezionalità", e trascura incomprensibilmente le garanzie oggi spettanti (anche) agli impiegati dello Stato da quando è stato reso applicabile nei loro riguardi lo statuto dei lavoratori<sup>143</sup>.

---

documenti e le memorie eventualmente presentati dall'insegnante entro i dieci giorni successivi alla data fissata per l'incontro e, se richiesto, si rende disponibile per un ulteriore incontro, da tenersi in ogni caso non oltre venti giorni dal primo. Il decreto di revoca dell'idoneità deve essere fornito di motivazione ai sensi del can. 51, e regolarmente intimato ai sensi dei cann. 54-55-56. L'Ordinario del luogo dà comunicazione all'autorità scolastica competente che l'idoneità è stata revocata quando il decreto di revoca è divenuto definitivamente esecutivo".

<sup>141</sup> Per una sempre attuale ed ampia ricostruzione teorica si veda **D. MESSINETTI**, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 355 ss.

<sup>142</sup> Osservava tempestivamente **R. BERTOLINO**, *Laicità della scuola*, cit., p. 22, che l'intreccio tra il rapporto di lavoro ed il rapporto di soggezione alle autorità ecclesiastiche individua una «materia "di confine" tra l'autonomia della Chiesa e l'esigenza irrinunciabile, da parte dello Stato, di una piena tutela dei diritti fondamentali del consociato».

<sup>143</sup> L'art. 51.2 del D. Lgs.vo 30 marzo 2001 n. 165 (che detta le "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche") stabilisce che "la legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti". L'art. 8 dello Statuto dei lavoratori fa "divieto al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini [...] sulle opinioni [...] religiose [...] del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore". Ancora più severa la previsione dell'art. 10 del D. Lgs.vo 10 settembre 2003 n. 276 (che detta norme per la "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30"), il cui art. 10 fa "divieto alle agenzie per il lavoro e agli altri soggetti pubblici e privati autorizzati o accreditati di effettuare qualsivoglia indagine o comunque trattamento di dati ovvero di preselezione di lavoratori, anche con il loro consenso, in base alle convinzioni personali, [...] al credo religioso, [...] allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza [...], a meno che non si tratti di caratteristiche che incidono sulle modalità di svolgimento della attività lavorativa o



### 11.c) Il lavoro dei religiosi presso l'associazione di appartenenza

Sempre la sezione lavoro non ravvisa sospetti di illegittimità costituzionale nel "diritto vivente" per il quale l'attività didattica svolta da un religioso nell'ambito della congregazione di appartenenza "secondo i voti pronunciati" (con inespreso richiamo ai voti di obbedienza e di povertà, ed a presunti riflessi civili dei medesimi) non costituirebbe "prestazione di attività lavorativa [...] bensì opera di evangelizzazione [...] regolata esclusivamente dal diritto canonico"<sup>144</sup>, e non comporterebbe di conseguenza il sorgere di un diritto alla retribuzione (nel corso del rapporto o differita alla sua risoluzione). Il giudice della legittimità ritiene sufficiente a fugare ogni dubbio di legittimità la circostanza che il ribaltamento di prospettiva sia riconducibile ad un atto di libera scelta del religioso, il quale rinuncerebbe al diritto alla retribuzione nel momento genetico del rapporto di lavoro con la casa di appartenenza.

Anche in questo caso i giudici non si pongono il problema di porre a raffronto questa prospettazione con i principi costituzionali in tema di tutela del lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni", *ex art.* 35 Cost., di rispetto della libertà e dignità umana (che costituiscono limite alla libertà di iniziativa economica privata, *ex art.* 41 Cost.), e di irrinunciabilità del diritto alla retribuzione<sup>145</sup> la cui garanzia

---

che costituiscano un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa. È altresì fatto divieto di trattare dati personali dei lavoratori che non siano strettamente attinenti alle loro attitudini professionali e al loro inserimento lavorativo".

Ad avviso di Cass., sez. lav., 13 dicembre 1985, n. 6317, è "illegittima - per violazione del disposto, di carattere inderogabile dell'art. 8 statuto dei lavoratori, che fa divieto al datore di lavoro, anche nel corso dello svolgimento del rapporto, di effettuare indagini su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore - la clausola di un contratto collettivo che preveda il licenziamento del dipendente in caso di condanna penale ad una pena detentiva comminata con sentenza passata in giudicato per azione commessa non in connessione con lo svolgimento del rapporto di lavoro e che ne leda la figura morale (principio affermato dal supremo collegio in relazione all'art. 51 lett. g) c.c.n.l. per i dipendenti delle aziende a partecipazione statale di trasporto aereo, stipulato in data 14 aprile 1978).

<sup>144</sup> Cass., sez. lav., n. 17096 del 2002. Il can. 702 del Codice di diritto canonico prescrive: "§ 1. Coloro che legittimamente escono dall'istituto religioso o ne sono legittimamente dimessi non possono esigere nulla dall'istituto stesso per qualunque attività in esso compiuta. § 2. L'istituto deve però osservare l'equità e la carità evangelica verso il religioso che se ne separa".

<sup>145</sup> Costituisce indirizzo consolidato l'affermazione (Cass., sez. un. 11 aprile 1981 n. 2123) che «il diritto alla retribuzione, in corrispettivo della prestazione lavorativa, previsto e tutelato dalla Costituzione (art. 36) e dal codice civile (artt. 2094, 2099, 2113



costituzionale implica “la nullità di ogni rinuncia preventiva”<sup>146</sup>. E non si pongono il problema della irrilevanza nell’ordinamento dello Stato di ogni “voto” che comporti limiti alla comune capacità dei soggetti, voto la cui osservanza è rimessa alla di loro attuazione spontanea e non può essere imposta autoritativamente dal giudice civile<sup>147</sup>. Ed ancora trascurano sia il principio generale che vuole sia l’autorità giudiziaria (dello Stato, in forza della sovranità che gli spetta, e che gli è stata riconosciuta dalla Chiesa, nel suo ordine proprio) a fare applicazione diretta dell’art. 36, primo comma, Cost.<sup>148</sup>, provvedendo così alla tutela

---

e 2126), con esclusione di ogni possibilità di valida rinuncia, riguarda il rapporto a titolo oneroso, ma non è di per sé preclusivo della configurabilità di un’attività lavorativa a titolo gratuito, la cui pattuizione deve ritenersi consentita all’autonomia privata, sempre che integrando una eccezionale deroga alla normale onerosità del rapporto, ricorrano particolari circostanze oggettive o soggettive (modalità e quantità del lavoro, condizioni economico-sociali delle parti, relazioni intercorrenti fra le stesse ecc.), che giustifichino la causa gratuita e consentano di negare con certezza la sussistenza di un accordo elusivo di detta irrinunciabilità della retribuzione medesima». Occorre dunque la concreta verifica che si possa configurare un “accordo” (e non l’assoggettamento obbligatorio ad una regola unilateralmente posta dal soggetto “forte”) e che l’attività lavorativa, a motivo della natura eccezionale della deroga, non sia assorbente e destinata potenzialmente a durare per tutta la vita del lavoratore.

<sup>146</sup> Così Corte cost. sentenza n. 77 del 1974.

<sup>147</sup> In materia previdenziale, dichiarando la illegittimità costituzionale dell’articolo unico della legge n. 392 del 1956 (“nella parte nella parte in cui esclude dalla soggezione alle assicurazioni sociali obbligatorie per la invalidità, vecchiaia e per la tubercolosi di cui al regio decreto 4 ottobre 1935, n. 1827, e successive modificazioni ed integrazioni, i religiosi e le religiose quando prestano attività di lavoro retribuita alle dipendenze di enti ecclesiastici, di associazioni e case religiose di cui all’art. 29, lettere a e b del Concordato tra la Santa Sede e l’Italia”), la sentenza Corte cost. n. 108 del 1977 aveva affermato: “In particolare non può essere motivo di diverso trattamento il vincolo di obbedienza che a seguito della professione dei voti astringe il religioso ai suoi superiori: a parte il generalissimo principio proprio dello Stato moderno, secondo il quale da simili vincoli non derivano limitazioni alla comune capacità dei soggetti, proprio in tema di previdenza sociale può constatarsi l’irrilevanza dell’obbligo di obbedienza. Infatti, anche l’attività di lavoro retribuita, prestata alle dipendenze di terzi diversi dagli enti “concordatari”, potrebbe essere fornita per comando, e non semplicemente col consenso, del superiore dell’ordine o della congregazione: senza che ciò privi il religioso o la religiosa della tutela assicurativa. E ciò conferma che, anche a voler ammettere una presunzione di legge a favore del vincolo d’obbedienza, come titolo in base al quale sarebbe prestata l’attività a favore degli enti “concordatari”, tale presunzione sarebbe del tutto inidonea a superare la censura di violazione dell’art. 3, primo comma, della Costituzione”.

<sup>148</sup> Ha affermato infatti la Corte costituzionale (nella sentenza n. 156 del 1971) che “l’art. 36, primo comma, Cost. ha stabilito per il diritto alla retribuzione sufficiente una disciplina particolareggiata che ne rende possibile una diretta tutela per opera del giudice, anche all’infuori di apposite norme di legge applicative”.



giurisdizionale dei cittadini, *ex art. 2907 c.c.*, con riferimento al diritto patrimoniale alla retribuzione sufficiente sia il principio costituzionale posto a garanzia del diritto inviolabile di agire e resistere in giudizio (*ex art. 24 Cost.*).

Ad avviso della sezione lavoro, la gratuità del rapporto di lavoro è ammissibile per analogia con le convivenze familiari, sulla base della apodittica asserzione che tra di esse “ben possono farsi rientrare, per la loro particolare natura, anche le comunità religiose”, nelle quali l’attività lavorativa è prestata *affectionis vel benevolentiae causa*<sup>149</sup>.

L’accostamento è tradizionale, certo, ma tratulizio e indimostrato; e si rivela sempre meno affidabile con riguardo ai dati strutturali delle due formazioni sociali, che danno conto immediato delle irriducibili differenze che le connotano<sup>150</sup>.

È sufficiente qualche cenno, con riguardo, alla composizione, alle ragioni di tutela, ai compiti, alle discipline vigenti.

La famiglia nucleare, alla quale l’ordinamento appresta la tutela più intensa ed efficace, è ad appartenenza ristretta e “vincolata” (il “regresso” è possibile a condizioni stabilite dalla legge e con apposite procedure per i coniugi, ma non per i genitori rispetto ai figli e per i

---

Si può altresì ricordare che spetta al giudice, ai sensi dell’art. 2099 c.c., determinare la retribuzione del prestatore di lavoro in mancanza di accordo tra le parti. Al fine di determinare la retribuzione del religioso-prestatore di lavoro il giudice potrebbe fare ricorso, in via analogica, alla disciplina di derivazione pattizia che mira “ad assicurare ... il congruo e dignitoso sostentamento del clero” (art. 24 legge 20 maggio 1985 n. 222).

<sup>149</sup> Rinvio, per un panorama della dottrina e della giurisprudenza in materia di prestazione del religioso al proprio ordine, a **R. BENIGNI**, *L’identità religiosa nel rapporto di lavoro. La rilevanza giuridica della “fede” del prestatore e del percettore d’opera*, Jovene, Napoli, 2008, specie p. 92 ss., che ricorda come Cass. 6 settembre 1988 n. 5049 parlasse di “comunità parafamiliare di carattere religioso” (*ivi*, p. 98 s.).

<sup>150</sup> Anche la Corte costituzionale, nella ricordata sentenza n. 108 del 1977, aveva affermato senza motivare che «il limite alla tutela previdenziale previsto dalla legge n. 392 del 1956 risulta costituzionalmente illegittimo soltanto se l’attività del religioso o della religiosa è prestata alle dipendenze di “terzi”, categoria nella quale non potrebbero mai farsi rientrare l’ordine o la congregazione religiosa d’appartenenza». Non appare ragionevole la differenziazione secondo la quale in materia previdenziale “di fronte all’art. 38, secondo comma, Cost., quale disposizione di carattere generale, perde rilievo lo status di religioso o di sacerdote e viene unicamente in considerazione quello di lavoratore in relazione ad un rapporto di lavoro retribuito che impone la sussistenza dell’obbligo assicurativo” (così Corte cost. sentenza n. 352 del 1988), mentre lo *status* di religioso assume rilievo determinante in materia di retribuzione, per escludere che abbia diritto ad essere retribuito per la prestazione di attività di lavoro in favore della casa di appartenenza, malgrado l’art. 36, primo comma, con una disposizione ugualmente di carattere generale, assicuri il diritto alla retribuzione ad ogni lavoratore, indipendentemente dallo *status* che egli rivesta.



figli rispetto ai genitori), mentre la compagine religiosa è ad appartenenza numericamente imprecisata e a formazione libera (il "regresso", libero e scevro da condizioni e procedure, è anzi assistito dalla garanzia costituzionale della libertà religiosa, per il diritto dello Stato).

La prima trova la ragione della specifica tutela dei suoi diritti nell'essere una società naturale (tanto più se fondata sul matrimonio: art. 29 Cost.), laddove la seconda è, per lo Stato, un mero ente giuridico, forma organizzativa non necessaria, strumentale al conseguimento di interessi meritevoli di tutela.

Ancora, la prima svolge un compito assistenziale e di promozione di tutti i suoi componenti pariordinati, governato dal canone della solidarietà anche economica, secondo le regole della Costituzione e del codice civile, mentre la seconda svolge il compito di consentire ad ogni singolo membro la perfezione individuale, da un lato, e la proiezione all'esterno per l'assolvimento delle specifiche missioni (nell'ambito dell'assistenza, dell'istruzione, della sanità, ecc.), talvolta perseguite predisponendo ed esercitando attività imprenditoriali in senso stretto, diffuse sul territorio.

La famiglia, poi, qualora svolga attività di impresa, è governata da una specifica disciplina che bilancia e tempera i naturali vincoli affettivi e spirituali dei componenti con i loro legittimi interessi e le aspettative d'ordine economico, laddove la comunità religiosa è sprovvista di una analoga disciplina statutale a tutela dei membri<sup>151</sup>.

Infine, nell'ambito della famiglia opera la regola generale dell'ultrattività dei vincoli di solidarietà tra i componenti (con obbligazioni di natura economica differenziate per natura e quantità) anche dopo la cessazione della convivenza, a differenza di quanto avviene per le comunità religiose.

In poche parole, in una Repubblica fondata sul lavoro (art. 1 Cost.), che tutela il lavoro "in tutte le sue forme" (art. 35 Cost.) e garantisce il diritto dei lavoratori a "un'esistenza libera e dignitosa" (art. 36 Cost.), il religioso che abbia prestato attività lavorativa nell'ambito ed in favore della congregazione di appartenenza, in ragione dello *status* acquisito in passato e venuto meno con la risoluzione del vincolo di appartenenza (libera e garantita per l'ordinamento dello Stato tanto quanto libero e garantito ne era stato l'ingresso), risulterebbe portatore di interessi che per il giudice della legittimità non sono meritevoli di tutela, persino quando l'ordine di

---

<sup>151</sup> Sul punto, ampiamente, R. BOTTA, *Il lavoro dei religiosi*, Cedam, Padova, 1984, specie p. 77 ss..



appartenenza eserciti attività commerciale e/o imprenditoriale in senso stretto<sup>152</sup>.

L'asserita non meritevolezza dovrebbe evincersi, ad avviso dei giudici, dalla mancanza di una "precisa disposizione" di legge, come se la loro giustiziabilità non dovesse essere assicurata mediante l'applicazione di "disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe", o da ultimo decidendo "secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" (art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale). Non può esservi dubbio, infatti, che il giudice, in esecuzione dell'obbligo di pronunciarsi sulla causa seguendo "le norme del diritto" (art. 113 c.p.c.), sia tenuto ad applicare anche in questa materia la disciplina dell'interpretazione sopra richiamata, e non possa legittimamente affermare, come ha fatto la sezione lavoro, che l'opera di evangelizzazione (profilo finalistico dell'attività lavorativa del religioso) sarebbe "regolata esclusivamente dal diritto canonico conformemente al disposto degli articoli 1 e 2 della legge 27 maggio 1929 n. 810 e 7 della Costituzione"<sup>153</sup>.

L'affermazione che l'opera anzidetta debba intendersi regolata dal diritto canonico sostanziale e processuale, ammesso pure che così possa essere, non prende in esame la necessità di intendere anche quella disciplina "in armonia con i diritti costituzionalmente garantiti ai

---

<sup>152</sup> In dottrina è isolata, ma condivisibile, la tesi di **R. BOTTA**, *L'attività lavorativa dei religiosi*, nel volume collettaneo *Rapporti di lavoro e fattore religioso*, Jovene, Napoli, 1988, secondo cui "come l'esercizio da parte di un ente ecclesiastico [...] di attività "secolari" in genere, non giustifica una deroga alla legge dello Stato, rispetto alle prestazioni rese dal religioso a favore dell'ente, nel medesimo quadro di attività, non si giustifica, in ragione dello specifico status del lavoratore una deroga alla tutela che la legge dello Stato assicura agli altri lavoratori, non solo in quanto lavoratori, ma anche e soprattutto come persone" (p. 119).

<sup>153</sup> Il richiamo alla legge n. 810 del 1929 ("*Esecuzione del Trattato, dei quattro allegati annessi e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la Santa Sede e l'Italia, l'11 febbraio 1929*") è erraneo: l'art. 1 contiene la formula di esecuzione degli accordi lateranensi, ma non è più operante con riferimento al Concordato dopo l'entrata in vigore della legge n. 121 del 1985 ("*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*"); l'art. 2 si riferisce alle procedure di espropriazione da compiersi in esecuzione degli accordi.

In senso contrario, si può ricordare che Cass. sez. lav. n. 5924 del 1981 aveva ritenuto che "una convenzione stipulata tra cittadini italiani all'estero per regolare lo svolgimento di un rapporto all'estero, non può essere dalle parti sottoposta esclusivamente alla legge straniera del luogo dove si svolge la prestazione lavorativa, qualora tale legislazione privi il lavoratore di diritti irrinunciabili e inderogabili, poiché la privazione di siffatti diritti è in contrasto con l'ordine pubblico internazionale ai sensi dell'art. 31 disp. prel. c.c."



cittadini italiani”<sup>154</sup>, e finisce con l’introdurre in modo del tutto surrettizio una sorta di riserva esclusiva di giurisdizione non convenuta tra le Parti del nuovo Accordo. Riserva che, anche se fosse stata convenuta espressamente tra le Parti, avrebbe dovuto misurarsi (ammesso pure che le norme del nuovo Accordo godano di “copertura costituzionale”, al pari delle originarie norme del concordato lateranense, in forza del consolidato indirizzo interpretativo del giudice delle leggi) con i principi supremi dell’ordinamento costituzionale già ricordati.

#### **11.d) I diritti delle scuole confessionali e i diritti degli insegnanti**

Ancora alla sezione lavoro<sup>155</sup> si può addebitare uno stravolgimento del principio di laicità, inteso nella «accezione ampia di “garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione in regime di pluralismo confessionale e culturale”» prospettata dal giudice delle leggi, e del quale pure si riconosce il “valore normativo di carattere precettivo e, quindi, immediato sia in positivo che in negativo”.

Ma a quella garanzia è fatto assumere un diverso aspetto, quando vengano in considerazione organizzazioni “di tendenza” religiosa<sup>156</sup>: la si trasforma, infatti, in “guarentigia di libertà di propagazione della fede e del suo insegnamento [...] accordata alle singole confessioni, compresa quella cattolica”, senza operare alcun bilanciamento con gli altri principi e fini-valori della Carta - sia che concorrano a strutturare il principio di laicità, sia che attengano a diritti inviolabili della persona - avvalendosi del richiamo a pronunce della Corte costituzionale risalenti (n. 195 del 1972 e n. 117 del 1979), superate dalla sentenza n. 203 del 1989.

Di conseguenza, i giudici ritengono legittimo il licenziamento per giusta causa (*ex art. 2119 c.c.*) dell’insegnante di una scuola confessionale che, avendo celebrato le nozze con il rito civile (e dunque tenendo un comportamento non inerente alla prestazione lavorativa, che per di più costituisce esercizio di un diritto garantito dalla

---

<sup>154</sup> Questo espresso vincolo è sancito al punto 2 lett. c) del Protocollo addizionale all’Accordo del 1984 in materia di effetti civili dei provvedimenti “emanati da autorità ecclesiastiche [...] circa persone ecclesiastiche o religiose e concernenti materie spirituali o disciplinari” (secondo quanto previsto dall’art. 23, secondo comma, Trattato lateranense).

<sup>155</sup> Cass., sez. lav., 21 novembre 1991 n. 12530.

<sup>156</sup> Per un panorama della dottrina e della giurisprudenza in materia di organizzazioni di tendenza religiosa, rinvio a **R. BENIGNI**, *L’identità religiosa*, cit. p. 167 ss.



Costituzione e dalla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo<sup>157</sup>), si è posta in stato di inadempienza contrattuale grave avendo essa assunto l'obbligo di mantenere una condotta privata conforme all'adesione pubblica ai principi morali della scuola cattolica<sup>158</sup>.

In altre parole, l'obbligo imposto ai fedeli dal diritto canonico (anche particolare) di celebrare le nozze solo in forma sacramentale<sup>159</sup>, combinandosi con la pretesa del datore di lavoro di un dovere di conformità alla tendenza religiosa del prestatore d'opera spinto fino all'obbligo di rendere "testimonianza di valori vissuti"<sup>160</sup>, produce i suoi effetti anche nel foro civile, al pari della sanzione comminata nell'ordinamento canonico a seguito di un procedimento amministrativo di natura disciplinare. Non poche sono le norme costituzionali che risultano violate da un'interpretazione siffatta (che legittima pesanti intrusioni negli aspetti più riservati della vita privata, e rende civilmente sanzionabile il "peccato"), che risulta in contrasto (oltre che, oggi, con lo statuto dei lavoratori, con le norme antidiscriminatorie applicabili nel caso<sup>161</sup>, e con la tutela della privacy.)

---

<sup>157</sup> Secondo l'art. 12 della Convenzione "uomini e donne in età adulta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto".

<sup>158</sup> La valutazione della condotta avrebbe dovuto essere più accurata anche alla luce del consolidato indirizzo del giudice della legittimità, orientato "nel senso che i comportamenti tenuti dal lavoratore nella vita privata ed estranei all'esecuzione della prestazione lavorativa, se, in genere, sono irrilevanti, possono tuttavia costituire giusta causa di licenziamento allorché siano di natura tale da far ritenere il dipendente inidoneo alla prosecuzione del rapporto lavorativo, specialmente quando, per le caratteristiche e peculiarità di esso, la prestazione lavorativa richiede un ampio margine di fiducia, fermo restando che la valutazione circa il venir meno dell'elemento fiduciario va operata dal giudice con riguardo non al fatto astrattamente considerato, bensì agli aspetti concreti afferenti alla natura e qualità del singolo rapporto, alla posizione delle parti, al grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni del dipendente, nonché alla portata soggettiva del fatto stesso, affinché sia resa possibile la verifica da parte dello stesso giudice della congruità della sanzione espulsiva, per l'insufficienza di qualunque altra a tutelare l'interesse del datore" (cfr. Cass., sez. lav., 14 luglio 2001 n. 9590).

<sup>159</sup> L'art. 1 del Decreto generale sul matrimonio, promulgato dal Presidente della CEI il 5 novembre 1990 prescrive: "1. I cattolici che intendono contrarre matrimonio in Italia sono tenuti a celebrarlo unicamente secondo la forma canonica (cfr. can. 1108), con l'obbligo di avvalersi del riconoscimento agli effetti civili assicurato dal Concordato".

<sup>160</sup> Così A. VITALE, *Lavoro e fattore religioso*, in *Quad. dir. pol. ecll.*, 3/1992, p. 389.

<sup>161</sup> Il D. Lgs.vo n. 216 del 2003 - che ha recepito (con qualche ampliamento nelle deroghe) la direttiva 2000/78/CE sul divieto di discriminazione - ritiene all'art. 3.5 che "Non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 le differenze di trattamento basate sulla professione di una determinata religione o di determinate convinzioni personali che siano praticate nell'ambito di enti religiosi o altre



persino con gli impegni concordatari: la Santa Sede, infatti, ha preso "occasione dalla modificazione del Concordato lateranense per dichiararsi d'accordo, senza pregiudizio dell'ordinamento canonico, con l'interpretazione che lo Stato italiano dà dell'articolo 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".

A meno di non volere intendere che dalla garanzia espressamente accordata agli ecclesiastici ed ai religiosi debbano essere esclusi proprio quei cittadini che per il diritto canonico, in quanto laici, sono astretti da obblighi meno vincolanti in ragione di una appartenenza non qualificata.

#### **11.e) Il riconoscimento del figlio naturale**

Di ben diverso tenore si rivela una pronuncia della prima sezione in materia di riconoscimento del figlio naturale<sup>162</sup>, rimessa alla esclusiva disciplina statutale, per il caso di opposizione del genitore che primo vi ha proceduto alla richiesta dell'altro basata sull'etnia e la religione di quest'ultimo.

In modo stringato, la Corte ha affermato - selezionandone uno dei profili - che "il principio di laicità di cui all'art. 8 cost. impedisce che ogni confessione religiosa possa essere in sé anteposta o posposta alle altre", sebbene nello svolgimento della parte motiva non abbia mancato di fare riferimento all'art. 19 ed alle garanzie della libertà religiosa di "tutti". Per i giudici, di conseguenza, la mera diversità di religione (come pure di cultura, di origini, di etnia) in una democrazia pluralista e "neutrale" non può costituire di per sé "elemento significativo ai fini dell'esclusione dell'interesse di un minore all'acquisizione della doppia genitorialità".

#### **11.f) Il giuramento**

---

organizzazioni pubbliche o private, qualora tale religione o tali convinzioni personali, per la natura delle attività professionali svolte da detti enti o organizzazioni o per il contesto in cui esse sono espletate, costituiscano requisito essenziale, legittimo e giustificato ai fini dello svolgimento delle medesime attività".

Le differenze basate sulla professione di una determinata religione non possono essere né illimitate né irragionevoli: esse devono, comunque, garantire il "rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza" (art. 3.2).

<sup>162</sup> Cass., sez. I, 27 ottobre 1999 n. 12077.



Una pronuncia della terza sezione<sup>163</sup> si è occupata del tema del giuramento suppletorio, mezzo integrativo di prova la cui delazione rientra nei poteri discrezionali del giudice di merito (art. 240 e ss. c.p.c.), per il quale è utilizzata la stessa formula prevista per il giuramento decisorio, depurata dai riferimenti espressi al fatto religioso a seguito della sentenza del giudice delle leggi n. 334 del 1996. Anche in questo caso si tratta di istituto regolamentato in via esclusiva dalla legislazione unilaterale dello Stato.

I giudici hanno rigettato il ricorso ritenendo che non fosse possibile cogliere come, e sotto che profilo, la sentenza n. 334 del 1996 e la precedente n. 149 del 1995 possano “incidere, nella stessa prospettiva del ricorrente, sulla legittimità costituzionale del giuramento suppletorio ed in cosa consisterebbe la pretesa contrarietà con le indicate norme della Suprema Corte”.

La scarna motivazione avrebbe potuto essere meglio argomentata. Pur essendo certo che l’istituto del giuramento non è di per sé contrario ad alcun precetto della Costituzione, che anzi prevede espressamente che possano prestarlo i cittadini in alcuni casi e che debbano prestarlo prima di assumere le funzioni il Presidente della Repubblica, il Presidente del consiglio dei ministri ed i ministri (artt. 54, 91 e 93), sarebbe stato auspicabile un approfondimento sulle peculiari caratteristiche del giuramento in questione, per stabilire se in esso sia da affermare l’esclusività (o la prevalenza) del carattere assertorio (come per il giuramento decisorio) o invece del carattere promissorio (come quello dei testimoni), la cui formula è stata modificata in radice dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 149 del 1995 che ha esteso al processo civile la formula dell’impegno dettata per i testimoni nel processo penale “poiché la testimonianza, in entrambe le sedi processuali, presenta le medesime caratteristiche essenziali”<sup>164</sup>.

## 12 – Uno sguardo riassuntivo

<sup>163</sup> Cass., sez. III, 11 giugno 1999 n. 5752.

<sup>164</sup> Con la citata sentenza Corte cost. n. 149 del 1995, si è potuto operare l'estensione della nuova disciplina dettata per i testimoni nel processo penale (art. 497, secondo comma, cod. proc. pen.) ai testimoni nel processo civile poiché la testimonianza, in entrambe le sedi processuali, presenta le medesime caratteristiche essenziali.

La sentenza Corte cost. n. 334 del 1996 ha portato ad una dichiarazione d'incostituzionalità parziale dell'art. 238 cod. proc. civ.. Per la Corte “l'eliminazione dalla disposizione in esame delle parti incostituzionali opera altresì - in virtù del rinvio contenuto nell'art. 243 cod. proc. civ. e senza necessità di ulteriori dichiarazioni d'incostituzionalità - in riferimento al giuramento deferito d'ufficio (artt. 240 e 241 cod. proc. civ.)”.



L'esiguità numerica e la poliedricità di ispirazione e di contenuti delle pronunce del giudice ordinario (sia della legittimità che del merito), con "l'esito quasi paradossale"<sup>165</sup> cui pervengono talune di esse, non sembrano consentirne un'appagante ricostruzione in termini diacronici della giurisprudenza del giudice ordinario in tema di laicità. Non sembra, infatti, che si possa segnalare il consolidarsi di indirizzi interpretativi stabili e diffusi né l'emergere di linee generali di tendenza, gli uni e le altre ordinati secondo sequenze coerenti, schemi razionali, idonei a contrassegnare *ex post* il ventennale percorso del principio, come invece è avvenuto in buona misura per la giurisprudenza del giudice delle leggi.

Se una qualche caratteristica deve indicarsi, può affermarsi che l'approccio della giurisprudenza al tema sia condizionato da almeno tre difficoltà: una prima d'ordine teorico, ossia l'accentuato condizionamento riconducibile alla bipartizione del diritto oggettivo ed alla diversa collocazione gerarchica delle fonti (di derivazione pattizia – di produzione unilaterale dello Stato); una seconda d'ordine sistematico, ossia la frammentazione della materia che dovrebbe essere governata, settoriale (famiglia, matrimonio, enti, lavoro, ecc.) e sub-settoriale (ordine pubblico e delibazione, *interna corporis* e autonomia della giurisdizione domestica, discriminazione, ecc.), cui si accompagna la necessità di un bilanciamento dei rispettivi principi ispiratori; l'ultima di ordine ideologico, ossia la varietà senza regole dei criteri di interpretazione del principio, elaborati talvolta al fine della mera conservazione dell'esistente, senza un vaglio adeguato ed aperto dei contributi offerti dalla scienza giuridica.

Si deve constatare, dunque, che non è ancora possibile offrire una valutazione d'insieme, per un verso, per la diversità strutturale delle fonti, la molteplicità delle situazioni concrete, degli interessi coinvolti, dei valori in gioco, che il giudice ordinario è stato chiamato a valutare. E si deve osservare, per altro verso, che non si è ancora formata una "prassi giurisprudenziale *quasi-genetica*" (quale che ne sia l'orientamento) perché l'applicazione del principio, o la sua disapplicazione (oscillante, talvolta contraddittoria) non consente di individuare criteri uniformi di soluzione giudiziaria del caso concreto che ne lascino cogliere le tracce riflesse sul significato stesso dell'enunciato normativo, sulla sua portata ed i suoi limiti.

La mancanza di ripetitività nell'adeguamento delle singole norme da applicare per la soluzione giudiziaria del caso concreto al

---

<sup>165</sup> Così A. PIN, *Il percorso della laicità*, cit., p. 230.



principio di laicità, sembra evidenziare, a mio avviso, come le spinte contraddittorie e le incertezze della giurisprudenza esplicitino la persistente mancanza di “un consolidamento tale da elevarsi, da occasionale modalità interpretativa del caso singolo, a modalità interpretativa stabile della norma stessa, nella sua astrattezza e nella sua generalità”<sup>166</sup>.

Né, forse, avrebbe potuto essere diversamente.

In primo luogo, ed in via generalissima, perché, quale che sia l’ambito di applicazione, “il grado elevato di indeterminatezza dei principi generali li fa gravitare sul dover-essere della situazione auspicata piuttosto che sul dover-fare dell’azione realizzatrice”<sup>167</sup>.

In secondo luogo, perché la difficile opera di armonizzazione dei principi ispiratori delle norme di derivazione pattizia dotate di “copertura costituzionale”, come delle norme unilaterali antecedenti all’entrata in vigore della Carta, con il principio costituzionale di laicità comporta che nel giudizio diffuso spettante al giudice ordinario la funzione correttivo/integrativa di quest’ultimo possa essere svolta solo in parte (per ragioni logiche, per l’inconciliabilità delle *rationes* delle norme in gioco) e faticosamente (per ragioni d’ordine politico-istituzionale); e fa sì che il giudice sia sospinto verso l’opzione ermeneutica della mera “compatibilità” delle seconde con i primi (salvo ricorrere, quando possibile, al lento e macchinoso procedimento incidentale di legittimità costituzionale, con i limiti che questo ha rivelato nel tempo), rendendo nei fatti poco praticabile un’interpretazione della Carta “*magis ut valeat*”. Quella difficile opera comporta, in altri termini, un incentivo ad adagiarsi nelle acque tranquille di una interpretazione conservatrice.

Così come siamo ben lontani dal formarsi e consolidarsi di una consuetudine ermeneutica giurisprudenziale, lo siamo anche, a dire il vero, dal formarsi e consolidarsi di consuetudini interpretative e di attribuzioni di senso le une e le altre comuni - nei loro nuclei forti, essenziali - alla scienza giuridica. Il moltiplicarsi degli aggettivi volti a connotare la laicità della nostra Repubblica, delle formulazioni e delle perifrasi tese a definirla, e gli esiti delle teorizzazioni spesso in tutto e per tutto contrastanti con la supremazia del principio, ne sono la

---

<sup>166</sup> Ambedue i passi riportati nel testo sono di A. FALZEA, *Interpretazione*, cit., p. 32.

<sup>167</sup> Cfr. A. FALZEA, *Interpretazione*, cit., p. 17 s. Si veda altresì di D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1981.



riprova<sup>168</sup>. Non per nulla si è insistito nel ritenere che il concetto di paradosso si addica sempre di più, per la sua “fecondità euristica”<sup>169</sup>, al diritto ecclesiastico italiano della contemporaneità.

Si può solo intuire che le due “lontananze” hanno nessi di reciproca implicazione e interazione: una qualche stabilità ed una qualche determinatezza delle linee maestre dell’ermeneutica giurisprudenziale e dell’opera ordinatrice della scienza giuridica sono la condizione del proficuo scambio tra teorici ed operatori del diritto, e del reciproco alimento. Diversamente, sarà ben difficile che la giurisprudenza possa essere l’artefice solitaria del “senso” della laicità, intendendo per senso “ciò in cui si mantiene la comprensibilità di qualcosa”<sup>170</sup>.

Sarebbe indulgere ad un sospetto di natura ideologica immaginare che si possa percepire nel panorama giurisprudenziale una consapevole strategia mirata ad eludere o aggirare il “cuore” della laicità, ossia l’uguaglianza e la libertà religiosa di tutti, e l’uguale libertà di tutte le confessioni; ma è lecito ritenere che l’inattuazione generalizzata di un principio, per di più supremo, sia anch’essa frutto di una opzione di natura ideologica<sup>171</sup>. Per la laicità può ripetersi quanto è stato scritto con riguardo alla libertà di espressione: “ne vengono studiati e soppesati soprattutto i limiti, i confini, come se ci sia

---

<sup>168</sup> Un fenomeno analogo si riscontra anche in Francia: si veda al riguardo **G. GAUTHIER**, *La laïcité malade de l’adjectivite*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (statoechiese.it), febbraio 2009.

<sup>169</sup> Segnala il ricorso, divenuto frequente, degli ecclesiastici alla categoria del paradosso **E. DIENI**, *Simboli, religioni, regole e paradossi*, nel volume collettaneo a cura di M. Parisi, *Simboli e comportamenti religiosi nella società plurale*, cit., p. 101 ss. (specie nota 1, per le indicazioni bibliografiche), ricordando peraltro che “assume sistematicamente la cifra paradossale per affrontare i temi della tolleranza religiosa **J. HABERMAS**, *Dalla tolleranza alle democrazie*, in *MicroMega*, 2003, 5, *Almanacco di filosofia*, pp. 311-328”. Tra i costituzionalisti, si veda **B. RANDAZZO**, *Diversi ed eguali*, cit. p. 117 ss. e p. 374 ss.

<sup>170</sup> La formula del senso risale a **M. HEIDEGGER**, *Essere e tempo*, trad. di P. Chiodi, Utet, Torino, 1969, p. 248, ed è ricordata da **S. COTTA**, *I principi generali del diritto. Considerazioni filosofiche*, in *I principi generali del diritto*, cit., p. 43, per il quale “l’opera ordinatrice della scienza giuridica è quindi indispensabile a un duplice titolo: da un lato quale condizione della sua scientificità (non si dà scienza là dove non vi sia ordine di nozione e di concetti); dall’altro lato quale condizione perché il materiale giuridico sia ordinato e quindi possa costituire e mantenere nel tempo un ordinamento nel senso rigoroso della parola” (p. 34).

<sup>171</sup> Per **E. GLIOZZI**, *La laicità e il Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, II, 848, si deve registrare la “elusione” della laicità ad opera del giudice amministrativo; di “decostruzione” del principio ha invece parlato **M.C. FOLLIERO**, *Diritto ecclesiastico. Elementi, 1. I principi non scritti*, Giappichelli, Torino, 2007,



l'esigenza di esorcizzarla, di spuntare le unghie per impedire di graffiare"<sup>172</sup>.

Certo, l'esame delle pronunce dei giudici "comuni" non consente ancora oggi di rispondere ad almeno due domande basilari in ordine alla concezione positiva della laicità, propria della sua versione italiana (i suoi pre-requisiti): se possa consentire, entro i confini della regolamentazione pattizia, discipline selettive "di favore" rimesse alla discrezionalità e all'indirizzo politici della maggioranza di governo, svincolate dalla regola (e dai limiti) della ragionevolezza; se possa espandere la sua operatività nella più ampia sfera del "diritto comune" volto alla disciplina del fattore religioso, anche ad opera della giurisprudenza, assumendo a parametro di riferimento anche le specifiche attuazioni pattizie.

Ad opera di una giurisprudenza che non rinunci al compito di ricercare la coerenza logica e assiologica del diritto oggettivo alla luce del principio di laicità, assolvendo così il potere-dovere dell'interpretazione adeguatrice. Per operare in tal senso, tuttavia, essa dovrebbe potere percepire lo stimolo della "società civile" e delle forze politiche, e in esse trovare sostegno e conforto: si devono evitare, infatti, "gli inconvenienti che potrebbero derivare dall'illusione di poter superare qualunque difficoltà di ordine pratico facendo esclusivamente ricorso agli strumenti della tecnica giuridica"<sup>173</sup>, senza un saldo rapporto con il corpo sociale<sup>174</sup>.

Nella prospettiva della sociologia del diritto, si è opportunamente ricordato che i principi "nel loro ruolo di guardiani, di giudici e di criteri di validità, sono un fatto sociale consistente quanto le norme, anzi talvolta anche di più. La realtà o effettività dei principi, il loro ruolo di dirigere, il perché del loro dirigere, costituiscono anch'essi altrettanti problemi empirici per il ricercatore"<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> Così **M. AINIS**, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti della personalità*, nell'opera collettanea a cura di **A. PIZZORUSSO**, **R. ROMBOLI**, **A. RUGGERI**, **A. SAITTA** e **G. SILVESTRI**, *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 35.

<sup>173</sup> Cfr. **A. PIZZORUSSO**, *I principi generali del diritto: l'esperienza pubblicistica*, in *I principi generali del diritto*, cit., p. 244.

<sup>174</sup> Anche la Corte costituzionale, ricorda puntualmente **B. RANDAZZO**, *Diversi ed eguali*, cit., p. 17, "ha preferito talora aspettare la maturazione della società, del clima politico e culturale, piuttosto che forzare la *consapevolezza costituzionale* del paese, con ciò pagando dei prezzi, naturalmente, in termini di persuasività e di coerenza".

<sup>175</sup> Cfr. **R. TREVES**, *Dai principi ai diritti*, cit., p. 61, che richiama a sua volta un'affermazione di **L.M. FRIEDMAN**, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, il Mulino, Bologna, 1978, p. 99 s.



Non sembra perciò contestabile affermare che, al momento, i percorsi della laicità in senso giuridico (nella prassi giurisprudenziale e nell'elaborazione teorica, ma anche nel comune sentire sociale) sono appena avviati ed ancora incerti; e che, per l'immediato futuro, il cammino non si presenta lineare: occorre trovare ed occorre potere infondere "il coraggio dei nuovi diritti"<sup>176</sup>.

Ma anche il percorso della secolarizzazione del diritto, che ha condotto nel tempo a separarlo dall'etica, a distinguere regola giuridica e regola religiosa, è stato lungo e travagliato, ed ha conosciuto, ed ancora conosce, fasi alterne e prospettive di "ritorni": eppure, non è contestabile oggi che quel traguardo è stato, in buona misura, raggiunto.

---

Il timore che la formulazione dei principi "necessariamente generale se non generica, favorisca la penetrazione dell'ideologia del giudice nelle decisioni" non è condiviso da **G. OPPO**, *L'esperienza privatistica*, cit., p. 221, sulla base di considerazioni analoghe, in quanto che "questo rischio, che è sempre alle porte, può trovare remora e controllo in principi che fissino idealità essenziali della coscienza civile e politica".

<sup>176</sup> L'espressione è di **S. RODOTÀ**, *L'età dei diritti*, cit., p. 60.