

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI – FEDERICO II



UNIVERSIDAD DE ALICANTE



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

FACULTAD DE DERECHO

Dottorato di ricerca in "Diritti umani. Teoria, storia e prassi"

XXXI ciclo

Diritto e religione in Europa.

Un'analisi argomentativa alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Derecho y religión en Europa.

Un análisis argumentativo a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Candidato: Giovanni Blando

Tutor: Ch.mo prof. Angelo Abignente

Tutor: Ch.mo prof. Manuel Atienza

INDICE

INTRODUZIONE...p. 7

PRIMA PARTE

1. IL RAPPORTO TRA DIRITTO E RELIGIONE NELLA SFERA PUBBLICA EUROPEA. UN'INTRODUZIONE

1. IL FATTO DEL PLURALISMO... p. 17
2. IL PARADIGMA DELLA SECOLARIZZAZIONE IN CRISI ...p. 23
 - 2.1. Secolarizzazione come ritrazione della religione dallo spazio pubblico ...p. 27
 - 2.2. Secolarizzazione come generale regressione del fenomeno religioso ...p. 32
3. DA UNA TEORIA DELLA SECOLARIZZAZIONE A UNA TEORIA DEL PLURALISMO ...p. 36
 - 3.1. Charles Taylor. La fede come opzione ...p. 38
 - 3.2. Peter L. Berger. Dal paradigma della secolarizzazione al paradigma del pluralismo ...p. 42
4. IL RUOLO DEL DIRITTO DINANZI AL 'FATTO DEL PLURALISMO' ...p. 45

2. PROFILI GERMINALI DELLA LAICITÀ. UN *EXCURSUS* STORICO

1. DA LUTERO ALLA PACE DI WESTFALIA. TRA POTESTAS INDIRECTA E TOLLERANZA ...p. 50
 - 1.1. Il cammino verso il modello laico illuminista. Hobbes, Locke e Spinoza ...p. 56
2. I FONDAMENTI ILLUMINISTICI DELLA LAICITÀ ...p. 64

2.1. Il contributo di Voltaire e Rousseau alla costruzione della laicità francese ...	
	p. 67
2.2. La libertà religiosa come nuova componente della laicità. Immanuel Kant ...	
	p. 72
3. I PROFILI GERMINALI DELLA LAICITÀ. CHIARIFICAZIONI ...	p. 77
3.1. Rapporto Stato/chiese ...	p. 78
3.2. Rapporto Stato/credenze religiose ...	p. 80
4. ALCUNE CONSIDERAZIONI INTERMEDIE ...	p. 83
3. LA LAICITÀ COME CONCETTO INTERPRETATIVO. INQUADRAMENTO TEORICO E SUPERAMENTO DI ALCUNE AMBIGUITÀ	
1. INTRODUZIONE ...	p. 87
2. LA LAICITÀ COME CONCETTO INTERPRETATIVO ...	p. 88
2.1. Uso criteriale e uso interpretativo del concetto di laicità ...	p. 91
2.2. L'uso interpretativo del concetto di laicità ...	p. 95
2.3. Due presupposti necessari: il Diritto come pratica sociale e l'oggettivismo morale minimo ...	p. 99
3. I VALORI DELLA LAICITÀ ...	p. 104
3.1. La libertà di coscienza e religione ...	p. 105
3.1.1. Libertà negativa e libertà positiva ...	p. 106
3.1.2. La libertà di coscienza e religione come <i>species</i> della libertà personale ...	p. 108
3.1.3. Vi è differenza tra libertà di coscienza e libertà religiosa? ...	p. 111
3.1.4. Autonomia individuale ed indipendenza etica come fondamento giustificativo della libertà di coscienza e religione. ...	p. 116
3.2. L'eguale considerazione e rispetto ...	p. 122
3.3. La tolleranza ...	p. 124
4. LA NEUTRALITÀ' COME MODALITÀ' OPERATIVA DELLA LAICITÀ' ...	p. 130
4.1. La neutralità ...	p. 130
5. SUPERAMENTO DELL'AMBIGUITÀ SECOLARIZZAZIONE/LAICITÀ ...	p. 133
6. VISIONI PATOLOGICHE DELLA LAICITÀ. LAICITÀ POSITIVA E LAICISMO ...	p. 134

6.1. Laicità positiva ... p. 134

6.2. Laicismo ... p. 137

SECONDA PARTE

4. LA LIBERTÀ RELIGIOSA NELL'AMBITO DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

1. INTRODUZIONE ...p. 143

2. LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO ...p. 144

3. L'ART. 9 CEDU. LIBERTÀ DI PENSIERO, COSCIENZA E RELIGIONE ...p. 147

3.1. L'art. 9.1. ...p. 147

3.2. La distinzione *forum internum/forum externum* ...p. 150

3.3. I limiti legali all'esercizio della libertà religiosa ex art. 9.2. ...p. 152

4. DISCRIMINAZIONE E FATTORE RELIGIOSO ...p. 155

4.1. Il divieto di discriminazione ex art. 14 CEDU...p. 155

4.2. Discriminazione diretta e discriminazione indiretta ...p. 158

4.2.1. Discriminazione diretta ...p. 159

4.2.2. Discriminazione indiretta ...p. 160

4.2.2.1. *Excursus*. Le misure specifiche o azioni positive e la loro giustificazione in termini morali ...p. 161

5. IL DIRITTO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO COME PRATICA SOCIALE ...p. 165

5.1. La Corte di Strasburgo ...p. 166

5.1.1. Il ruolo costituzionale della Corte di Strasburgo ...p. 169

6. STRUMENTI ERMENEUTICI E METODI DI RAGIONAMENTO DELLA CORTE ...p. 172

6.1. Il principio di proporzionalità, ovvero la ponderazione dei diritti ...p. 174

6.1.1. Una premessa necessaria: la distinzione tra regole e principi ...p. 175

6.1.1.1. I diritti fondamentali come principi ...p. 179

- 6.1.2. Proporzionalità e ponderazione dei diritti ...p. 180
 - 6.1.2.1. La ponderazione come procedimento razionale ...p. 183
 - 6.1.2.1.1. La formula del peso di Alexy ...p. 184
 - 6.1.2.1.2. La proposta di Manuel Atienza. Razionalità senza aritmetica e “senso comune” ...p. 188
 - 6.1.3. Ponderazione e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ...p. 192
 - 6.1.3.1. Samantha Besson. Il bilanciamento ‘qualitativo’ ...p. 193
 - 6.1.3.2. Un bilanciamento qualitativo ‘operativo. La proposta di Stijn Smet ...p. 195
- 6.2. Il margine di apprezzamento nazionale, ovvero la deferenza al legislatore ...p. 199
 - 6.2.1. Una premessa necessaria: la dimensione istituzionale del Diritto ...p. 200
 - 6.2.2. Principi sostanziali e principi istituzionali ...p. 202
 - 6.2.3. Il margine di apprezzamento come principio istituzionale in senso stretto ...p. 204

5.

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO IN MATERIA RELIGIOSA. ANALISI E VALUTAZIONE

- 0. ANALISI E VALUTAZIONE DI UN’ARGOMENTAZIONE. UNA BREVE NOTA METODOLOGICA ...p. 211
 - 0.1. Le tre dimensioni dell’argomentazione giuridica ...p. 211
 - 0.2. L’analisi di un’argomentazione ...p. 214
 - 0.2.1. *L’analisi di un’argomentazione giudiziale* ...p. 218
 - 0.3. La valutazione di un’argomentazione ...p. 219
 - 0.3.1. *Criteri di valutazione di un’argomentazione giudiziale* ...p. 221

1. DIRITTO A NON DICHIARARE LE PROPRIE CONVINZIONI RELIGIOSE ...p. 225

1.1. Analisi e valutazione del caso CEDU, 2 febbraio 2010, Sinan Işık c. Turchia ...p. 225

2. DIRITTO A SEGUIRE LE PRESCRIZIONI ALIMENTARI DELLA PROPRIA CONFESSIONE ...p. 233

2.1. Analisi e valutazione del caso CEDU, 27 giugno 2000, Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia ...p. 233

3. DIRITTO DEI GENITORI A SCEGLIERE PER I FIGLI UN'EDUCAZIONE CONFORME ALLE PROPRIE CONVINZIONI RELIGIOSE ...p. 246

3.1. Analisi e valutazione del caso CEDU, 18 maggio 2011, Lautsi c. Italia ...p. 246

3.2. Analisi e valutazione del caso CEDU, 10 gennaio 2017, Osmanoglu e Kocabas c. Svizzera ...p. 268

4. DIRITTO AD UN ABBIGLIAMENTO RELIGIOSO ...p. 282

4.0. Premessa. Breve introduzione sulla giurisprudenza rilevante della Corte di Strasburgo in materia di abbigliamento religioso ...p. 282

4.1. Analisi e valutazione del caso CEDU, 1 luglio 2014, S.A.S c. Francia ...p. 286

NOTE CONCLUSIVE...p. 302

RESUMEN EN LENGUA CASTELLANA ... p. 310

BIBLIOGRAFIA... p. 325

INTRODUZIONE

Il rapporto tra Diritto e religione nella sfera pubblica è forse uno degli argomenti più discussi degli ultimi anni. Può essere affrontato da varie prospettive, sociologica, giuridica, storica, ma può anche essere oggetto di una trattazione sistematica che si mostri capace di integrare i vari approcci al tema.

L'obiettivo del presente elaborato è quello di analizzare le relazioni tra il Diritto e le religioni utilizzando due categorie concettuali di riferimento: la secolarizzazione e la laicità. Intendo per secolarizzazione una categoria meramente *esplicativo-descrittiva* del ruolo che svolge oggi la religione all'interno dello Stato costituzionale di diritto. Considero, invece, la laicità come un concetto *interpretativo* che deve essere necessariamente sostenuto da una teoria prescrittiva che ne spieghi in termini di principi e di valori il contenuto.

1.

All'interno del primo capitolo della tesi prendo le mosse da un concetto che è stato oggetto di una fortunata definizione da parte di John Rawls: il *fatto del pluralismo*. Partendo da tale definizione, provo a sostenere la mera descrittività del concetto di pluralismo, da intendersi quale descrizione di una realtà sociale in cui, all'interno della sfera pubblica, si fronteggiano il campo diverse visioni etiche, morali e religiose. Rispetto a tali visioni del bene, che lo stesso Rawls definisce *comprehensive doctrines*, il Diritto assume un ruolo fondamentale, quello cioè di metter ordine tra le medesime e favorirne nel massimo grado possibile una coesistenza pacifica. Le dottrine comprensive, infatti, avanzano tutte, alcune in misura maggiore ed altre in misura minore, una pretesa di verità e correttezza che le rende, per uno o più aspetti, incompatibili con le altre.

Utilizzo, perciò, il fatto del pluralismo come snodo problematico di messa in discussione di una categoria concettuale che è stata, spesso, utilizzata per analizzare i rapporti intercorrenti tra il Diritto e le religioni: la *secolarizzazione*. Davanti al fatto del pluralismo è, a mio avviso, inutile rifugiarsi in maniera a-critica nella secolarizzazione come paradigma esplicativo-descrittivo delle relazioni tra Diritto e religioni che è stato, nella maggior parte dei casi, inteso: a) come ritrazione della religione dallo spazio pubblico; b) come regressione, generalmente intesa, del fenomeno religioso quale credenza o pratica. Questi due modi d'intendere la secolarizzazione hanno subito pesanti smentite dai fatti, le quali hanno incentivato l'elaborazione di nuove tesi esplicative sui rapporti tra il Diritto e le religioni.

Nella direzione di una rilettura di tali rapporti vanno le proposte teoriche di due autori come Charles Taylor e Peter Berger. Non sono i soli, ovviamente, ad aver avanzato dei dubbi sulla tenuta empirica del paradigma della secolarizzazione ma la mia scelta è ricaduta su di loro per due motivi. In primo luogo, entrambi operano continui riferimenti al contesto europeo ed, essendo la mia tesi limitata ai rapporti tra Diritto e religioni nella sfera pubblica europea, la loro opera costituisce una buona introduzione a livello sociologico-filosofico di una categoria che spiega tali rapporti in Europa. In secondo luogo, sia Taylor che Berger descrivono bene, a mio modo di vedere, il nuovo ruolo che assume la religione a livello sociale, quello cioè di una visione del mondo che non può più autodefinirsi onnicomprensiva e valida per tutti i consociati ma che deve, al contrario, “affrontare” nuovi *competitors*, facendo ricorso a nuove risorse razionali ed argomentative. Credo che questa posizione “qualitativamente” differente delle religioni all'interno delle società contemporanee abbia imposto al Diritto di interrogarsi in maniera rinnovata sul proprio ruolo nei confronti delle dispute religiose e delle istanze religiosamente motivate

che gli pervengono ad opera di soggetti o gruppi di soggetti dalle credenze diverse e, spesso, incompatibili, ribadendo la centralità di un concetto normativo capace di strutturare ed incanalare il conflitto: la laicità.

2.

Ribadito il ruolo centrale della categoria della laicità, nel secondo capitolo provo a ricostruire, da un punto di vista storico-filosofico, le strategie che il Diritto ha dovuto adottare per regolare il fenomeno religioso all'indomani della rottura dell'unità cristiana. Tale regolamentazione ha dovuto rispondere a due problemi fondamentali: i rapporti tra lo Stato e le chiese, intese quali religioni istituzionalizzate, e la relazione tra lo Stato e le credenze religiose più generalmente intese. Definisco le strategie adottate dal Diritto rispetto a questi due problemi fondamentali come *profili germinali della laicità*; la prima strategia è quella di una distinzione tra lo Stato e le chiese, mentre la seconda è quella di una progressiva separazione tra potere politico e religioni.

L'intento del secondo capitolo è quello di evidenziare l'emersione diacronica di questi due profili germinali della laicità dalle riflessioni dei maggiori filosofi pre-illuministi ed illuministi. Senza alcuna pretesa di esaustività storiografica e di ricerca puramente filosofica, il pensiero di Hobbes, Spinoza, Locke, Voltaire, Rousseau e Kant è analizzato essenzialmente da una prospettiva capace di dimostrarne il fecondo apporto al tema delle relazioni tra il Diritto e le religioni, che diventa un problema pressante, come anticipato, all'indomani della rottura dell'unità cristiana. La frammentazione religiosa che tale evento genera impone ai nascenti Stati europei la ricerca di nuove strategie di pacificazione.

Il primo sub-problema, quello cioè di una ri-definizione dei rapporti tra Stato e chiese, accentuato dalla nascita dello Stato assoluto, assume via via i connotati di una necessaria ri-definizione di relazioni tra ordinamenti giuridici distinti. Esso nasce, infatti, proprio in virtù del fatto che un'altra autorità, *esterna* rispetto allo Stato, prova ad imporre ai cittadini obblighi che possono o meno coincidere con il comando statale. Gli autori pre-illuministi ed illuministi suggeriscono, generalmente, tre strategie di risoluzione di questo primo sub-problema:

- 1) Strategia *erastianista*, secondo la quale il potere politico estende il proprio potere all' ambito religioso.
- 2) Strategia *giurisdizionalista*, secondo la quale vi è una subordinazione del potere religioso rispetto al potere politico.
- 3) Strategia *separatista*, secondo la quale lo stato riconosce libertà alle religioni di esercitare il proprio potere nel limite delle leggi.

Quanto, invece, al secondo sub-problema, quello cioè di una relazione tra Stato e credenze religiose, a prescindere dalla loro avvenuta istituzionalizzazione, che è problema *interno* allo stesso Stato, le soluzioni offerte dagli autori pre-illuministi ed illuministi sono state essenzialmente quattro e chiaramente influenzate dalla soluzione proposta per il primo sub-problema:

- 1) Strategia *neutralista*, in virtù della quale il potere politico provvede a una neutralizzazione delle credenze religiose in ambito pubblico.
- 2) Strategia della *tolleranza*, in base alla quale il potere politico si limita a sopportare le diverse credenze religiose in ambito pubblico.

- 3) Strategia dei *diritti individuali*, secondo la quale si riconosce una generale libertà di coscienza a tutti gli individui.
- 4) Strategia *mista*, la quale combina in uno o più modi diversi alcune delle strategie precedenti.

Lo sforzo analitico operato in questo capitolo ha l'obiettivo di evidenziare il nesso di continuità tra il pensiero pre-illuminista/illuminista e il dibattito odierno sulla laicità; ciascuno dei filosofi che ho prima citato ha, infatti, a mio avviso, contribuito a modellare uno o più profili di questo complesso concetto.

3.

Il terzo capitolo costituisce, nelle mie intenzioni, il fulcro dell'impianto teorico che tento di costruire all'interno della tesi. Parto dall'ipotesi, corroborata da un bel lavoro di Dolores Morondo Taramundi, che la laicità possa intendersi come un *concetto interpretativo*. Attingendo abbondantemente al lessico dworkiniano sul punto, provo a sostenere che una teoria normativa sul concetto di laicità ha il compito di rispondere al quesito su come interpretare i valori che sono ad essa connaturati: la libertà, l'eguale considerazione e rispetto, e la tolleranza.

Come operazione preliminare espongo le ragioni per cui ritengo giusto analizzare la laicità dal punto di vista di un suo interpretativo, esaltando l'elemento che ogni concetto interpretativo reca innegabilmente con sé: il disaccordo. Mentre la laicità intesa quale concetto criteriale offre, come credo, una visione limitata in tema di relazioni tra Diritto e religioni, quella dell'uso interpretativo del concetto di laicità è una prospettiva feconda in

quanto capace di mettere in risalto quella che definisco un' "eccedenza di disaccordo" ineliminabile, che impegna l'operatore giuridico a porre il concetto di laicità sempre nella sua luce migliore, interrogandosi su come sia possibile esaltare i valori di cui esso è portatore. Tale operazione può essere condotta solamente accettando due presupposti che ritengo imprescindibili: il Diritto inteso quale pratica sociale attraverso la quale si tratta di raggiungere o massimizzare determinati fini e valori, nonché una forma specifica di oggettivismo morale minimo come possibilità che si produca intorno a determinati valori una discussione razionale all'interno della quale siano bilanciate pretesa di correttezza e fallibilismo dell'argomentazione.

Una volta chiariti questi presupposti teorici e metodologici, procedo all'analisi dei valori della laicità intesa quale concetto interpretativo.

Il primo valore è quello della libertà di coscienza e religione. Con riguardo a tale valore, prima ne analizzo il rapporto *genus/species* con la libertà personale; successivamente, aderendo alla prospettiva sostenuta da Ronald Dworkin, provo a sostenere che l'autonomia individuale intesa come indipendenza nelle scelte etiche ne costituisca il fondamento giustificativo.

Il secondo valore è quello dell'eguale considerazione e rispetto che, collegata al precedente valore dell'indipendenza nelle scelte etiche, deve, a mio modo di vedere, essere garantita in maniera eguale a tutti i soggetti.

Il terzo, nonché ultimo, valore della laicità è quello della tolleranza che rappresenta, nella mia prospettiva, un valore di chiusura. Sebbene, infatti, molti sostengano che la tolleranza sia addirittura incompatibile con una prospettiva genuinamente laica, io ritengo che essa rappresenti, invece, un valore coesistente alla stessa laicità, capace di innestare

nell'ordinamento giuridico una tensione alla pace sociale che è spesso messa a repentaglio dall'incompatibilità di molte visioni etico-religiose.

I tre valori della laicità trovano, credo, un'ideale modalità di attuazione nella neutralità che rappresenta un meccanismo istituzionale volto a garantire che tutti i cittadini credano liberamente, egualmente e in maniera aperta e tollerante rispetto alle altre visioni etico-religiose al proprio progetto di vita. Il tema della neutralità è, evidentemente, molto ampio e fuori dalla portata del mio elaborato. Mi limito nel terzo capitolo ad operare delle distinzioni basiche tra la neutralità procedurale e la neutralità dei fini, soffermandomi succintamente anche sulla fondamentale tesi rawlsiana della *priorità del giusto sul bene*, per ribadire la necessaria adesione ad un'ottica oggettivistica in materia morale quando si tratta il tema della laicità.

Questa maniera di intendere la laicità mi permette di operare una distinzione fondamentale tra la secolarizzazione, oggetto del primo capitolo, da intendersi quale processo storico-sociologico mediante il quale le pratiche sociali in senso ampio (sociali, culturali, politiche, giuridiche) si emancipano dagli ambiti normativi religiosi di riferimento, e la laicità stessa, da intendersi quale principio giuridico-costituzionale del quale si sono dotate generalmente le democrazie occidentali, posto a tutela dei valori della libertà, dell'eguale considerazione e rispetto, e della tolleranza che si attua mediante la modalità operativa della neutralità. Inoltre, credo che la laicità così intesa sgombri il campo da pericolose commistioni con concetti affini, che definisco *visioni patologiche della laicità*, che ignorano colpevolmente almeno uno dei valori suindicati. Mentre la *laicità positiva*, che indica generalmente la possibilità di forme di compromesso più o meno

elevate tra Stato e credenze religiose, accantona il valore dell'eguale considerazione e rispetto delle visioni etiche di tutti i cittadini, il *laicismo*, che propugna la generale superiorità del valore di una concezione fondata su di un'etica non-religiosa, non salvaguarda il valore della tolleranza. Entrambe le visioni patologiche della laicità, inoltre, sono colpevoli, a mio avviso, di operare un'inopportuna confusione concettuale tra i concetti di secolarizzazione e laicità.

4.

Nella seconda parte della tesi, composta dai capitoli quarto e quinto, mi soffermo sulle pratiche interpretative ed argomentative della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di libertà di coscienza e religione.

Nel quarto capitolo, in particolare, provo ad offrire un quadro generale sulla Convenzione EDU, soffermandomi specificamente sugli artt. 9 e 14. Operando continui riferimenti alla prima parte della tesi, approfondisco le distinzioni tra *forum internum* e *forum externum* nonché i limiti convenzionali all'esercizio della libertà religiosa. Quanto, invece, all'art. 14 sul divieto di discriminazione traccio un'essenziale distinzione tra la discriminazione diretta e quella indiretta, chiudendo con un breve *excursus* che spiega in termini di giustificazione morale le cd. azioni positive.

Chiariti così i riferimenti normativi che permettono, a mio avviso, di impostare un modello sottile di laicità a livello europeo, provo a ribadire il presupposto secondo cui anche il lavoro della Corte di Strasburgo rientra in quella maniera, prima descritta, di intendere il Diritto come una pratica sociale volta alla realizzazione o massimizzazione di

determinati fini e valori. Mi chiedo, inoltre, se possa o meno parlarsi in tal senso di un ruolo costituzionale della Corte EDU a livello europeo.

Mi soffermo, successivamente, sui principali strumenti ermeneutici e metodi di ragionamento della Corte di Strasburgo, analizzando, in particolare, la ponderazione e il margine di apprezzamento nazionale.

Partendo dalla necessaria distinzione tra regole e principi, sostengo che i diritti fondamentali, oggetto di ponderazione, non possono che essere intesi come principi. Tracciata brevemente la distinzione tra le tesi di coloro che sostengono l'irrazionalità del bilanciamento e quelli che, invece, provano a definire i confini razionali dello stesso, aderisco a questa seconda posizione sostenendo, con Manuel Atienza, la necessità di una progressiva definizione di una *tassonomia* di proprietà rilevanti che permettano di fissare categorie di casi sempre più specifici in materia di bilanciamento, derivanti dal *sensu commune* che gli organi giudiziari creano nel tempo. Per offrire un esempio di tassonomia delle proprietà rilevanti del bilanciamento attingo alle opere di due esperti di diritto internazionale capaci di fondere abilmente la dimensione teorica e pratica della ponderazione: Samantha Besson con la sua proposta di un 'bilanciamento qualitativo', che pone al centro l'aspetto egualitario dei diritti fondamentali, e Stijn Smet che prova a rendere 'operativo' tale bilanciamento qualitativo, spostando l'attenzione dagli interessi in conflitto al peso delle ragioni utilizzate a sostegno dell'uno o dell'altro diritto.

In merito al margine di apprezzamento nazionale, invece, prendo la mosse da quella che viene comunemente definita dimensione istituzionale del diritto. Opero una distinzione sul punto tra i principi sostanziali e i principi istituzionali, ipotizzando che il margine di apprezzamento possa intendersi quale principio istituzionale che non può

perciò essere sottratto alla tecnica del bilanciamento. In questo modo, a mio avviso, si può evitare il ricorso meramente retorico o, più in generale, non adeguatamente giustificato, al margine di apprezzamento.

5.

Nell'ultimo capitolo utilizzo come premessa metodologica la teoria dell'argomentazione giuridica di Manuel Atienza per analizzare e valutare alcune rilevanti sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di libertà di coscienza e religione. Pur non attenendomi allo schema formale del diagramma di flusso elaborato da Atienza, provo ad attribuire la giusta rilevanza sia al momento dell'analisi che al momento della valutazione delle pronunce giurisprudenziali selezionate.

Il primo, come noto, si fonda sulla descrizione e sulla comprensione degli elementi formali, materiali e pragmatici dell'argomentazione. Il secondo, invece, consiste nella produzione di un giudizio intorno all'argomentazione analizzata distinguendo tra le "buone" argomentazioni e le "cattive" argomentazioni. È in questa seconda operazione che faccio confluire il modello normativo di laicità proposto nel terzo capitolo per provare a vagliare gli esiti cui perviene la Corte di Strasburgo quando è chiamata a pronunciarsi sulla libertà religiosa del ricorrente. La verifica è volta, soprattutto, a smascherare potenziali sbocchi *laicisti* o di *laicità positiva* delle sentenze scelte.

1. IL RAPPORTO TRA DIRITTO E RELIGIONE NELLA SFERA PUBBLICA EUROPEA. UN'INTRODUZIONE

4. IL FATTO DEL PLURALISMO

5. IL PARADIGMA DELLA SECOLARIZZAZIONE IN CRISI

2.1. Secolarizzazione come ritrazione della religione dallo spazio pubblico

2.2. Secolarizzazione come generale regressione del fenomeno religioso

6. DA UNA TEORIA DELLA SECOLARIZZAZIONE A UNA TEORIA DEL PLURALISMO.

3.1. Charles Taylor. La fede come opzione

3.2. Peter L. Berger. Dal paradigma della secolarizzazione al paradigma del pluralismo

4. IL RUOLO DEL DIRITTO DINANZI AL 'FATTO DEL PLURALISMO'

1. IL FATTO DEL PLURALISMO

La tematica dei rapporti tra Diritto e religione nella sfera pubblica è, ad oggi, una delle più discusse, non solamente ad opera delle discipline 'classiche' del diritto

ecclesiastico e del diritto canonico¹, ma anche della Teoria del diritto e di quelle che si suole definire Teorie della giustizia. I motivi di questo crescente interesse per la materia sono chiari: le massicce correnti migratorie, la frammentazione etico-religiosa e il conseguente incremento della conflittualità politico-sociale presente all'interno degli stati occidentali alimentano la discussione sulle relazioni tra il Diritto e le religioni. Tali motivi rappresentano situazioni di fatto dalle quali prendere le mosse al fine di valutare il ruolo attuale delle religioni nello Stato costituzionale di diritto.

L'intero discorso può, a mio avviso, partire dall'analisi di un fattore empirico che, da parte di più autorevoli voci, è stato indicato come il *fatto del pluralismo*². Riprendendo un'acuta riflessione di Francesco Viola, potrebbe dirsi che “il «fatto» del pluralismo è uno dei pochi su cui tutti concordano, tant'è che su questo punto non ci sono opinioni pluralistiche”, sebbene sia lo stesso Viola a notare come l'accordo su tale “fatto” si esaurisca nel rilevarlo empiricamente³. Diverse sono, infatti, le interpretazioni che poi coinvolgono questo “fatto”, così come differenti sono le valutazioni che di questo “fatto” si offrono. Una certa convergenza si riscontra, tuttavia, anche nel riconnettere a questo fenomeno una conseguenza ben precisa, ovvero la conflittualità e la potenziale distruttività del tessuto sociale di cui esso si fa portatore. Queste caratteristiche, che potrebbero definirsi ontologiche, del “fatto” del pluralismo (che d'ora in avanti mi limiterò a chiamare “pluralismo”, intendendo con esso, appunto, il fatto empiricamente rilevabile di una “coesistenza fra forme di vita differenti”⁴) vengono chiaramente acuite

¹ Sul punto si rinvia, a mero titolo esemplificativo a: P. Consorti, *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari, 2010 e M. Ricca, *Diritto e religione: per una sistematica giuridica*, Cedam, Padova, 2002.

² In tal senso, tra gli altri, a mero titolo esemplificativo: N. Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione in Quaderni costituzionali/* a. XXXV, n. 4, dicembre 2015, p. 927; T. M. Schmidt, *Discorso religioso e religione discorsiva nella società postsecolare*, Trauben, Torino, 2009, p. 27; B. Pastore, *Condizioni di laicità* in *Ragion Pratica* 28 giugno/2007, p. 9.

³ F. Viola, *Pluralismo e tolleranza* in G. Dalla Torre (ed.), *Lessico della laicità*, Studium, Roma, 2007, pp. 227 – 237, p. 227.

⁴ *Ibidem*. In questo capitolo si farà prevalentemente riferimento al pluralismo inteso nel suo senso descrittivo. Puntuale su questa distinzione B. Pastore, *Impegni ermeneutici: il diritto e le tensioni del pluralismo culturale* in «Ars

quando a contendersi il campo sono credi religiosi differenti che pretendono inevitabilmente di avere l'ultima parola sul pensiero e sull'azione individuale. Quando, cioè, entrano in gioco visioni religiose della vita è più alto il rischio, connotato al pluralismo, di una deriva eccessivamente monista che allenti in maniera definitiva quei doveri di solidarietà e rispetto reciproco che pure stanno alla base di una società democratica, innestando negli individui la convinzione che “attorno a una proprietà ci [possa] essere solo una opinione corretta”⁵. Nelle visioni religiose (e, a onor del vero, non fanno a ciò eccezione anche molte delle più diffuse concezioni filosofiche o etiche) è maggiormente accentuata quella “pretesa di verità e universalità”⁶, che il più delle volte le rende incompatibili con altre visioni della medesima natura. Tale incompatibilità (insieme ad altre caratteristiche fondamentali) fa del pluralismo contemporaneo un fatto diverso rispetto ai pluralismi che la storia dell'umanità ha già conosciuto⁷.

Interpretandi», 1/2012, pp. 41 – 58, quando afferma che “Pluralismo, invero, è concetto plurale. Include alcune famiglie di significati, una delle quali rinvia al pluralismo culturale. Pluralismo, in questa accezione, significa multiculturalismo, che va inteso, sotto un profilo descrittivo, come compresenza di più comunità etnico-culturali all'interno di una medesima comunità politica e, sotto il profilo valutativo, come un modello normativo orientato a considerare le differenze etnico-culturali meritevoli di riconoscimento e di tutela” (p. 42).

⁵ S. F. Magni, *Che cos'è il relativismo morale?*, Carocci Editore, Roma, 2015, p. 20.

⁶ F. Viola, *Pluralismo e tolleranza*, cit., p. 230.

⁷ È ampiamente riconosciuto, infatti, che il pluralismo non sia un fenomeno nuovo, ma solamente una maniera nuova di atteggiarsi di un fenomeno vecchio. Sul punto si vedano, oltre al già citato F. Viola, *Pluralismo e tolleranza*, cit., il recente ed esaustivo contributo di P. L. Berger, *I molti altari della modernità. Le religioni al tempo del pluralismo*, EMI, Bologna, 2017 (in or., *The Many Altars of Modernity: Toward a Paradigm for Religion in a Pluralist Age*, Walter de Gruyter, Boston/Berlin, 2014).

Per evidenziare le caratteristiche del pluralismo contemporaneo Viola prende le mosse dalla distinzione tra *pluralità* e *pluralismo*. In particolare, mentre la pluralità è “la molteplicità delle culture, delle religioni, delle etiche” ed essa “c'è sempre stata e, sicuramente, in modo ben più ricco e variegato dell'attuale”, il pluralismo “sorge perché la pluralità è minacciata” e presenta alcune caratteristiche che non appartengono alla pluralità. In primo luogo, “la conflittualità e l'incompatibilità, almeno apparenti”; in realtà, anche nella pluralità esiste il conflitto ma rispetto al pluralismo, che è portatore di un conflitto “distruttivo”, la pluralità è connotata da un pluralismo “costruttivo”. In secondo luogo, il pluralismo è un fatto culturale che appartiene al mondo umano, perché in natura esiste la pluralità, non il pluralismo. In terzo luogo, il pluralismo è caratterizzato dalla vicinanza, dal contatto e dalla promiscuità tra culture differenti, attributi che in un mondo globalizzato come il nostro risultano evidentemente accentuati. Infine, e questa è secondo Viola la qualità tipica del pluralismo contemporaneo, esso si basa sul “rifiuto dell'uniformità anche all'interno dello stesso gruppo di appartenenza, cosicché c'è una frammentazione interna delle culture, delle religioni e delle concezioni di vita” che pone l'accento sull'individuo “poiché l'uniformità di un gruppo è resa difficile dalla crisi dell'autorità, almeno nelle società più sviluppate” (pp. 227 - 229).

Berger, invece, sottolinea che “il pluralismo [...] è esistito, in forme diverse, in varie epoche della storia”. Il filosofo di origini austriache adduce gli esempi delle culture dell'Estremo Oriente (Cina e Giappone in particolare), dell'India preislamica, dell'ellenismo fiorito nei centri urbani del tardo Impero romano, della stessa storia dell'islam in cui “ci sono stati periodi[...] nei quali i governanti hanno consentito e persino incoraggiato il pluralismo religioso e culturale,

Con l'emancipazione illuministica del pensiero si è creata una humus fertile per il dialogo razionale, la critica intorno ai valori e la frammentazione delle credenze religiose, tale da rendere il "pluralismo" sempre più spesso sinonimo di "scontro tra idee". L'avvento di nuovi attori sociali inaspettati, come ad esempio i soggetti di fede islamica, ha poi convertito questo scontro tra idee in vero e proprio "scontro tra civiltà"⁸, tanto diverse nei loro tratti tipici da sembrare impedito nel confronto aperto ed intrinsecamente mute nel dialogo. L'apertura illuminista alla critica degli assunti religiosi che prima si credevano esenti dalla discussione razionale ha così avuto l'effetto di porre al centro della

come nella Spagna musulmana, nell'India Moghul e nell'Impero ottomano[...]o, ancora, del Medioevo cristiano in Europa "un periodo non molto rinomato per la tolleranza" che ha "tuttavia conosciuto episodi di pluralismo" come il governo degli Hohenstaufen in Sicilia o la Langue d'Oc sotto il conte di Tolosa (pp. 25 – 26). Ciononostante, il pluralismo religioso contemporaneo è diverso perché ha saputo (o, meglio, dovuto) adeguarsi al fenomeno della globalizzazione: "Non solo grandi masse di persone si spostano in tutto il pianeta, temporaneamente come viaggiatori o permanentemente come migranti; vi è anche una enorme aumento della conversazione «virtuale», perché la stampa e i media elettronici diffondono la conoscenza di culture diverse dalla propria" e "la religione non rimane fuori da questa interazione planetaria". Ciò è dimostrato, secondo Berger, da casi emblematici quali la grande Conferenza missionaria mondiale di Edimburgo del 1910 o la svolta in senso missionario dell'induismo che alimentano un "mercato internazionale delle religioni" modificando il paradigma del pluralismo religioso che "non è più un fenomeno limitato agli occidentali curiosi che si aggirano tra gli scaffali della sezione «Religioni» nelle migliori librerie" (pp. 70 – 72).

La 'lettura' del pluralismo moderno offerta da Berger è ben riassunta nelle parole di H. Joas, *Abbiamo bisogno della religione?*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010, p. 28: "Berger è pienamente consapevole che il pluralismo moderno non è una novità storica, anche se tende a considerarlo l'eccezione invece che la regola. Egli considera il nostro pluralismo moderno come «incredibilmente simile» a quello dell'antichità, in particolare alle condizioni di vita delle grandi città-stato dei «tempi tardo-ellenistici e romani». Il solo tratto veramente specifico del pluralismo *moderno*, che si rende evidente nelle sempre più grandi ed eterogenee aree urbane della nostra epoca, è che esseri umani appartenenti a un gran numero di culture spesso vivono a stretto contatto e s'incontrano frequentemente assai più che in passato." Joas è, comunque, molto critico sul concetto di pluralismo moderno avanzato da Berger. A suo avviso, infatti, "il pluralismo religioso [è] sempre stato una caratteristica intrinseca della storia religiosa europea" e l'"Europa non è mai stata totalmente cristiana; il giudaismo e l'islam fanno anch'essi parte del retaggio culturale europeo." Il sociologo tedesco si spinge addirittura ad affermare che "l'immagine che offre Berger del pluralismo moderno è caratterizzata da un contrasto storico esagerato, che implica che fino a tempi recenti fosse comune essere circondati soltanto da correligionari e rimanere non influenzati da dubbi religiosi."

⁸ Questa visione è stata alimentata con forza dai media come dimostrano in maniera articolata ed esaustiva C. Bottici – B. Challand, *The Myth of the Clash of Civilizations*, Routledge, Londra, 2007. In uno scritto più recente, ID., *Islam and the Public Sphere: Public Reason or Public Imagination*, in L. Zucca – C. Ungureanu (ed.), *Law, State and Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas*, Cambridge University Press, New York, 2012, pp. 115 – 133, i due autori, facendo particolare riferimento agli sviluppi posteriori all'11 settembre affermano come "instead of presenting these events as the result of the actions of single individual human beings acting out of a more or less complex series of motivations, both US and Europe media largely presented the mass a clash between civilizations. The result is that the idea of a clash between Islam and the West has become one of the most powerful political myths of our time." (p. 118). Sul punto cfr. G. Bauman, *L'enigma multiculturale*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 75 – 86. Secondo Bauman "sono i media e i politici più importanti che, ciascuno nel proprio paese, commentano «il problema musulmano», ed essi trovano utile ritrarre questo problema come un problema globale[...]. Dire[...]che l'«Islam» è un problema in tutto il mondo occidentale ci consente di incolpare l'«Islam» in quanto tale e i musulmani in quanto tali dovunque siano." La chiave di lettura offerta da Bauman, che giustificerebbe anche l'apparente impossibilità di comunicazione tra due mondi opposti, consiste nella convergenza di linguaggio tra i media e i politici occidentali e i rappresentanti delle comunità musulmane che, spesso, "pretendono di parlare per «la comunità musulmana» o per l'«Islam tout court»" (p. 76), ingenerando la convinzione di appartenere ad universi di senso totalmente incompatibili.

riflessione filosofica l'uomo e la sua capacità di pensiero, consentendo sul piano individuale una più libera scelta anche in materia religiosa, scelta che si è poi spostata da un piano meramente fattuale ad uno più marcatamente normativo, con le Dichiarazioni di fine Settecento e la successiva costituzionalizzazione della libertà religiosa.

Tale situazione ha trovato una fortunata definizione all'interno del famoso testo di John Rawls, *Political Liberalism*:

“A modern democratic society is characterized not simply by a pluralism of comprehensive religious, philosophical, and moral doctrines but by a pluralism of incompatible yet reasonable comprehensive doctrines. No one of these doctrines is affirmed by citizens generally. Nor should one expect that in the foreseeable future one of them, or some other reasonable doctrine will ever be affirmed by all, or nearly all, citizens.”⁹

Le “comprehensive doctrines” che oggi si fronteggiano il campo devono fare i conti con una avvenuta razionalizzazione dello spazio pubblico che non ammette, come invece avveniva un tempo, l'imposizione di un pensiero unico o il ricorso, per finalità argomentative, a mere petizioni di principio¹⁰. Non a caso, allora, è proprio sulle questioni

⁹ J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, p. xviii.

¹⁰ La petizione di principio è un modello archetipico di fallacia. Come afferma M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013, p. 116 “hay argumentos que tienen la apariencia de ser buenos, pero que no lo son, y a los que tradicionalmente se ha denominado «falacias»”. Uno di questi argomenti, solo apparentemente buoni, è la petizione di principio che consiste in un “tipo di argomento che pretende di provare (o dimostrare la prova della) conclusione c^* sulla base di una premessa P^* controversa o comunque inadeguata – o per il fatto che P^* è un'asserzione equivalente a c^* , o per il fatto che P^* presuppone a sua volta c^* o si regge su di essa” (la definizione, da me tradotta, è di P. Ikuenobe, *On the Theoretical Unification and Nature of Fallacies*, in «Argumentation», 18/2, pp. 189 – 211).

Un esempio chiarissimo sul punto è offerto da L. Vega Reñón, *Si de argumentar se trata*, Montesinos, 2003, pp. 86 – 88: “Veamos este argumento: «Dios es, conforme a la recta concepción de su naturaleza, el ser dotado de todas las perfecciones. Ahora bien, existir es una perfección. Luego, Dios existe». Tomado como un texto aislado es una deducción lógicamente concluyente: un argumento no sólo bueno sino «glorioso» - podría decir Humpty Dumpty -.

che non conducono ad una soluzione definitivamente e razionalmente orientata che si verificano gli scontri più duri tra visioni del mondo differenti. Se da una parte, infatti, si sono create nuove condizioni per il dialogo e, più in generale, per l'argomentazione razionale, dall'altra ci si è dovuti interrogare circa "i limiti della razionalità nel giudicare le questioni riguardanti il senso ultimo dell'esistenza e della natura dello sviluppo umano"¹¹. Ciò spiega, in parte, perché, nonostante una costante e diacronica razionalizzazione della vita umana, la religione abbia mantenuto un innegabile protagonismo tra le diverse concezioni della vita. Anzi, tale ruolo appare incentivato, e in qualche misura accresciuto, proprio dalla pluralità di opzioni che in materia etica e morale vengono oggi offerte all'uomo. Non può negarsi facilmente come il pluralismo inneschi un processo di relativizzazione delle credenze capace di ingenerare nell'uomo uno stato d'ansia che lo induce a ricercare nuove forme di certezza intorno alle questioni fondamentali della vita¹². Il pluralismo come fatto, per tali ragioni, assume la forma tipica del mercato, in cui alla domanda di certezza da parte degli uomini corrisponde un'offerta da parte di "fornitori di certezza", laiche o religiose che siano¹³. In questa situazione di "incertezza", ovviamente, i soggetti procedono a una messa in discussione non solo dei propri valori ma anche di quelli che li circondano, ovvero dei valori che assumono una veste ed un carattere di tipo

Pero si se aduce con pretensiones de prueba en el contexto de una discusión acerca de la existencia de Dios, es decir como un remedo del famoso «argumento ontológico» de Anselmo de Bec, no pasa de constituir una petición de principio – cuya conclusión se limita a reiterar una de las presuntas perfecciones que definen la divinidad-, para quienes cuestionan la existencia de tal suma de perfecciones o la idea de que la existencia es una perfección; entonces ya no es un argumento tan bueno. En fin, la eficacia o el poder de convicción del «argumento ontológico» mismo resultan problemáticos: el argumento convence a los convencidos – de acuerdo con el diagnóstico de que se trata de una petición de principio -; y si era incontestable para su autor, en el último tercio del s. XI, no ha dejado de verse en entredicho en la historia posterior de la teo-filosofía.”

¹¹ J. Maclure – C. Taylor, *La scommessa del laico*, Laterza, Roma – Bari, 2013, p. 6. Sul punto cfr. S. Giner, *El porvenir de la religión. Fe, humanismo y razón*, Herder, Barcellona, 2016, p. 12: “Sin embargo, lo sobrenatural y misterioso seguirá fascinando a muchos. Por su parte, la razón permitirá que nos emancipemos del misterio y del dogma, librándonos así del enigma de vivir para entregarnos a conocer, a ciencia cierta, naturaleza y mundo, e incluso algo de nuestra vida y conciencia”.

¹² P. L. Berger, *I molti altari della modernità*, cit., p. 144.

¹³ Ibidem.

“istituzionale”¹⁴. Non è un caso, dunque, che anche le regole e i principi dell’istituzione giuridica vengano sempre più frequentemente poste in discussione dagli attori sociali meno coinvolti nel processo decisionale¹⁵.

Il dato che qui mi preme sottolineare è il seguente: quel processo di razionalizzazione della vita, che guardato dalla prospettiva del rapporto tra il Diritto e la religione è ricaduto sotto il nome di ‘secolarizzazione’, non si è definitivamente compiuto. Esso ha subito importanti battute d’arresto che ad oggi non permettono di ipotizzare una totale scomparsa del fattore religioso dalla vita dell’uomo, che, anzi, nel rinnovato panorama pluralistico di cui si è finora parlato, mantiene una rilevanza pratica di cui il Diritto non può disinteressarsi.

2. IL PARADIGMA DELLA SECOLARIZZAZIONE IN CRISI

Una delle interpretazioni più fortunate dei dati concernenti il rapporto tra il Diritto e la religione è stata offerta, come detto, dall’idea della secolarizzazione¹⁶ che ha indicato, a partire da fenomeni storico-sociali precisi, i quali trovano la loro collocazione temporale nel periodo delle guerre di religione in Europa, un completo e definitivo affrancamento della sfera politica da quella religiosa. Conseguenza di questa visione è stato il convincimento, rinsaldato negli anni dalla teoria sociologica, di uno Stato secolarizzato la cui “legittimazione e [...]funzione prescindono da qualunque riferimento religioso o

¹⁴ Ivi, p. 148.

¹⁵ Il punto è ben colto, a mio avviso, da A. Abignente, *L’argomentazione giuridica nell’età dell’incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 17 quando l’A. afferma che “il pluralismo culturale, sociale, etico di cui la contemporaneità è portatrice, non è in grado di trovare una composizione adeguata e stabile nell’atto positivo della regola, condizionato da procedure in cui, spesso, è quantomeno latente il confronto dialogicamente legittimante”.

¹⁶ B.J. Berger, *Key Theoretical Issues in the Interaction of Law and Religion: A Guide for the Perplexed*, in «Constitutional Forum constitutionnel», vol. 19, Number 2, 2011, pp. 41 – 52, p. 42. Nelle parole di Berger, “[...]the key definitional issue at play in philosophical and legal debates regarding the interaction of law and religion is the issues of how one is to understand the idea of the «secular»”.

trascendente” e che “non pretende dai suoi cittadini che abbiano o che manifestino una specifica credenza religiosa, ma [che] garantisce loro la più ampia libertà di coscienza”¹⁷.

Più specificamente, da un punto di vista storico si sono verificate almeno tre “svolte” che hanno attivato ed accelerato questo processo: la stagione dell’Illuminismo, l’emanazione delle costituzioni americana e francese e, infine, un sempre più accentuato stile di vita basato sull’individualismo¹⁸. Da un punto di vista sociologico, invece, questo sub-processo è stato da molti imputato a quel fenomeno più generale di differenziazione che conduce alla “progressiva separazione e autonomizzazione reciproca fra fenomeni sociali e culturali originariamente fusi, sovrapposti”¹⁹.

Il fenomeno della secolarizzazione, inteso a partire da questi due sensi (storico e sociologico) che con il passare del tempo si sono rafforzati e giustificati reciprocamente, non si è, tuttavia, mai presentato unitario, specie nell’articolato panorama degli Stati europei. E, in effetti, l’Europa dei nostri giorni si presenta divisa da un punto di vista culturale, politico, giuridico e sociale, anche a causa di un attore dalla forza ritrovata come la religione. Per anni ci si era cullati nell’illusione che questa forza sociale fosse scomparsa, lasciando ampi spazi di manovra alla razionalità di matrice illuministica e ritirandosi a vita

¹⁷ G. E. Rusconi, *Introduzione a ID.* (a cura di), *Lo stato secolarizzato nell’età post-secolare*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 7

¹⁸ M. Rizzi, *La secolarizzazione debole. Violenza, religione, autorità*, il Mulino, Bologna, 2016, pp. 22 – 25. Per approfondire la prospettiva “storica” intorno alla secolarizzazione si vedano: P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori*, il Mulino, Bologna, 2000; ID., *Dalle secolarizzazioni alle religioni politiche*, in G.E. Rusconi, *Lo stato secolarizzato nell’età post-secolare*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 55 – 92; E. W. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all’Europa unita*, Laterza, Roma – Bari, 2010. Quanto, invece, alla svolta individualistica sarebbe, a mio parere, molto interessante approfondire il concetto introdotto da S. Natoli, *La salvezza senza fede*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 31 di “autoaffermazione dell’io”. Secondo Natoli: “L’uomo comincia a emergere come garante di verità, proprio in un contesto dove Dio comincia a fallire. Nel moderno il principio di verità diventa l’uomo stesso, diventa il “cogito” cartesiano.[...]l’uomo può diventare protagonista, si può interpretare come soggetto di un potere illimitato perché si è fatto illimitato attraverso Dio. Può predicare di sé l’onnipotenza proprio perché è passato attraverso l’idea di onnipotenza. Questo è il processo di secolarizzazione: l’uomo assumendo un posto centrale depone dal luogo divino quelle prerogative che prende per sé.”

¹⁹ G. Poggi, *Ragioni e limiti della secolarizzazione*, in G. E. Rusconi, *Lo stato secolarizzato nell’età post-secolare*, cit., p. 145. Sulla cd. “teoria standard della secolarizzazione” in ambito sociologico si segnalano, a mero titolo esemplificativo: P. Norris – R. Inglehart, *Sacred and Secular. Religion and Politics Worldwide*, Cambridge University Press, 2004; G. McKenzie, *Interpreting Charles Taylor’s Social Theory on Religion and Secularization. A Comparative Study*, Springer, 2017, pp. 3 e ss.; S. Bruce, *Secularization. In Defense of an Unfashionable Theory*, Oxford University Press, 2011.

privata. Tuttavia, i nostri tempi offrono una versione diversa di questa ricostruzione, che si è vista sostenuta (e combattuta) con forza. Sebbene possa rilevarsi rispetto a tale tesi un certo disaccordo (che nei casi più radicali equivale addirittura alla sua negazione), permane un'ampia convergenza nel ritenere la secolarizzazione un "processo" che, dall'ottica a noi congeniale, avrebbe condotto alla progressiva autonomizzazione del Diritto e della religione.

La confluenza dei fattori storici e sociologici prima segnalati avrebbe, insomma, condotto all'attivazione di un processo capace di eliminare progressivamente il bisogno di riferimenti sovranaturali nell'uomo²⁰. È il famoso *disincantamento del mondo* di cui Max Weber parlava in maniera ottimistica già nel 1919 in questi termini:

“La progressiva intellettualizzazione e razionalizzazione non significa dunque una progressiva conoscenza generale delle condizioni di vita che ci circondano. Essa significa bensì qualcosa di diverso: la coscienza o la fede che basta soltanto *volere*, per *potere* ogni cosa – in linea di principio – può essere dominata con la *ragione*. Il che significa il disincantamento del mondo. Non occorre più ricorrere alla magia per dominare o per ingraziarsi gli spiriti, come fa il selvaggio per il quale esistono simili potenze. A ciò sopperiscono la *ragione* e i mezzi tecnici.”²¹

L'intellettualizzazione e la razionalizzazione come ragioni della "scomparsa" della religione da uno spazio pubblico "maturo" per aprirsi a nuove fonti di legittimazione non hanno però risolto il problema relativo all'individuazione dei valori che dominano la società contemporanea, chiamati, nell'assai azzardata ipotesi di una totale scomparsa della

²⁰ Ivi, p. 147.

²¹ M. Weber, *La scienza come professione*, in ID., *Il lavoro intellettuale come professione. Due saggi*, Einaudi, Torino, 1966, pp. 5 – 43, p. 20.

religione nella sfera pubblica, a sostituirla. Era di questo avviso Thomas Luckmann che ammonì i sociologi a non limitarsi alla constatazione del declino della religione ecclesiastica, aspetto solo parzialmente risolutivo del dilemma della secolarizzazione²². Secondo il sociologo austriaco, infatti, uno dei compiti della sociologia era quello di scoprire i nuovi valori dominanti nella cultura contemporanea, indagandone la funzione nella vita dell'uomo contemporaneo. L'insufficienza e la superficialità della tesi della secolarizzazione quale "ritirata della religione di fronte all'assalto del materialismo, del moderno paganesimo, ecc." doveva, a suo avviso, essere colmata da un'indagine accurata circa i nuovi "universi di senso socialmente oggettivati"²³. In termini banali, laddove uno spazio, quello pubblico, è lasciato (ipoteticamente) vuoto dal riferimento religioso, deve crearsi obbligatoriamente un nuovo significato che si adatta alla mutata forma della relazionalità sociale, ed è compito della sociologia scoprirlo.

Le istituzioni religiose, che prima vantavano un potere diretto e ufficialmente riconosciuto nelle questioni pubbliche, si specializzano progressivamente nei soli "problemi di significanza ultima"²⁴ ma fornendo direttive ai propri adepti su tali questioni provano ad indirizzarne indirettamente le scelte in ambito pubblico. I funzionalisti, tra i quali è possibile annoverare, oltre al già citato Luckmann, anche Emile Durkheim, Steve Bruce e Karel Dobbelaere, sottolineano bene come la religione non costituisca solamente un sistema di credenze ed idee ma anche e soprattutto un sistema di pratiche che include rituali e simbologie vitali per il credente²⁵. Tali pratiche sono capaci di garantire un alto grado di coesione sociale quando vengono ampiamente condivise ma tendono

²² T. Luckmann, *La religione invisibile*, il Mulino, Bologna, 1969, p. 47.

²³ Ibidem.

²⁴ Ivi, p. 101.

²⁵ P. Norris – R. Inglehart, *Sacred and Secular*, cit., p. 9.

inevitabilmente ad erodere l'unità dello spazio pubblico quando si presentano tra loro incompatibili e sostenute da fonti di credenza diverse.

Tale erosione è stata accentuata negli ultimi decenni che hanno proposto una tangibile reviviscenza del fenomeno religioso²⁶, specie in un' Europa divisa tra antiche e nuove rivendicazioni culturali. Lungi dall'essere un ritorno allo stabile intreccio tra religione e politica che aveva connotato l'Europa pre-moderna, questo fenomeno si è presentato piuttosto come un nuovo atteggiarsi della secolarizzazione in quel modo secondo cui la religione “è solo una possibilità umana tra le altre”²⁷, seppur, aggiungerei, una possibilità socialmente molto rilevante. Questo nuovo modo di intendere la secolarizzazione si è affiancato alle tradizionali visioni della secolarizzazione che hanno ipotizzato, basandosi su assunti empirici più o meno precisi:

a) una ritrazione della religione dallo spazio pubblico;

o

b) una regressione, generalmente intesa, del fenomeno religioso quale credenza o pratica.

2.1. Secolarizzazione come ritrazione della religione dallo spazio pubblico

Nelle prime pagine del suo famoso ed influente testo sul tema della secolarizzazione, Charles Taylor afferma che

²⁶ Si vedano sul punto i celebri lavori di P. L. Berger, ed., *The Desecularization of the World. Resurgent Religion and World Politics*, Ethics and Public Policy Center, Washington D.C., 1999, e J. Casanova, *Public Religions in the Modern World*, University of Chicago Press, Chicago, 1994. Sul punto è abbastanza critica G. Davie, *Thinking Sociologically about Religion: A Step Change in the Debate?* in A. McKinnon – M. Trzebiatowska (ed.), *Sociological Theory and the Question of Religion*, Ashgate, Farnham, 2014, pp. 19 – 32, secondo la quale, in realtà, la religione non ha mai perso il suo ruolo sociale fondamentale. Attualmente, tuttavia, essa si adegua ai cambiamenti imposti dalla globalizzazione al fine di rendersi maggiormente “visibile” (l'esempio di Davie è quello del Consiglio mondiale delle chiese, “a global organization that, by definition, has always paid attention to religion”, p. 23).

²⁷ C. Taylor, *A Secular Age*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2007, trad. it. di P. Costa – M. C. Sircana, *L'età secolare*, Feltrinelli, Milano, 2009, p. 29.

“La nostra comprensione della secolarizzazione avviene [...] in termini di spazi pubblici. L’idea generale è che essi siano stati svuotati di Dio o di qualsiasi riferimento alla realtà ultima. Oppure, assumendo un’altra prospettiva, le norme e i principi che seguiamo, le deliberazioni in cui ci impegniamo [...]non fanno riferimento a Dio o alle credenze religiose; le considerazioni su cui basiamo le nostre credenze restano all’interno della “razionalità” di ciascuna sfera – il massimo profitto all’interno dell’economia, il maggior beneficio del maggior numero nell’ambito politico ecc.²⁸”

Le due prospettive d’analisi che propone Taylor presentano entrambe un riferimento all’idea dello spazio pubblico che, mutuata in maniera più o meno fedele da quella di Jürgen Habermas²⁹, indica uno spazio (comune) all’interno del quale i membri della società sono chiamati ad incontrarsi e discutere intorno a questioni (comuni)³⁰. La discussione intorno a tali questioni (comuni) avverrebbe sulla base di “norme” e “principi” che, a seconda di un loro più o meno elevato riferimento alla credenza religiosa, sarebbero idonei ad indicare il maggiore o minor grado di secolarizzazione dello spazio pubblico. La “pubblicità” e la “dialogicità” verrebbero, dunque, a costituire fattori di analisi fondamentali per la teoria della secolarizzazione.

In effetti, la categoria della secolarizzazione nasce e cresce, specie nel pensiero sociologico, proprio sul rilievo di una mutata condizione della socialità, intesa quale differente maniera di intendere gli spazi di interazione sociale. Insieme alla burocratizzazione, la razionalizzazione e l’urbanizzazione, essa ha assunto il ruolo di

²⁸ Ivi, p. 12.

²⁹ J. Habermas, *Storia e critica dell’opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1971. Cfr. sul punto C. Mancina, *Uso pubblico della ragione e ragione pubblica: da Kant a Rawls*, in «Diritto&QuestioniPubbliche», n. 8/2008, pp. 33 – 61.

³⁰ Si veda più specificamente sul punto C. Taylor, *Modern Social Imaginaries*, Duke University Press, Durham, 2004, pp. 83 e ss.

categoria esplicativa del passaggio da una società di tipo medievale ad una di tipo industriale³¹, in cui il riferimento al fattore religioso si è visto sempre più limitato o, quantomeno, posto in discussione. Le ipotesi, radicali e azzardate, di una totale scomparsa del fattore religioso dai processi decisionali di queste nascenti società, sono state, però, di recente revocate in dubbio³².

I dati statistici intorno alla pratica religiosa dimostrano, infatti, una certa resistenza del fenomeno religioso a tutti i fattori prima indicati e una sempre maggior consapevolezza che la secolarizzazione, pur mantenendo una sua funzione esplicativa preziosa, non possa risolversi in un processo lineare, privo di battute d'arresto e smentite. Anche prescindendo dall'atteggiamento formalmente e normativamente assunto dagli Stati nei confronti del fenomeno religioso (questione di cui ci occuperemo in seguito), una radicale ritrazione delle religioni dallo spazio pubblico è oggi negata dai fatti. Anche in Spagna o in Italia ad esempio, Paesi che possiamo da un punto di vista formale e normativo inserire tra quelli laici, persiste una predominanza evidente di una religione (quella cattolica) che si sta, negli ultimi tempi, confrontando/scontrando con un "attore inaspettato, come l'Islam"³³. Da un lato, infatti, la Chiesa cattolica "non retrocede a società particolare e pretende riconoscimenti come autorità universale"³⁴; dall'altro l'Islam "sembrerebbe destinato [...]a diventare la prima religione in diverse metropoli d'Europa"³⁵.

³¹ P. Norris – R. Inglehart, *Sacred and Secular. Religion and Politics Worldwide*, cit., p. 3.

³² Ibidem. Sul punto affermano Norris e Inglehart come "during the last decade, however, this thesis of slow and steady death of religion has come under growing criticism; indeed, secularization theory is currently experiencing the most sustained challenge in its long history".

³³ N. Colaiani, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 65.

³⁴ G. Zagrebelsky, *Scambiarsi la veste. Stato e chiesa al governo dell'uomo*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 3.

³⁵ C. Sbailò, *I diritti di Dio. Una sfida ai fondamenti epistemologici della secolarizzazione* in G. Macri – P. Annicchino (a cura di), *Diritto, religione e politica nell'arena internazionale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2017, pp. 25 – 37, p. 25.

Se, infatti, le odierne costituzioni europee permettono di constatare una più o meno generale diffusione del sistema laico³⁶, la situazione di fatto in cui versano gli Stati europei fa emergere una visibile contraddizione tra ciò che è scritto nelle carte e ciò che avviene nella vita di tutti i giorni. Sicuramente, la secolarizzazione intesa come processo ha avuto il grande merito di affermare gradualmente la separazione tra i poteri politico e religioso, ma dal punto di vista teorico ha mostrato eccessiva sicurezza nel prospettare una scomparsa totale degli argomenti religiosi dall'arena pubblica. Allo stesso modo appaiono eccessivamente radicali coloro i quali sostengono una necessaria inseparabilità tra la laicità e la secolarizzazione³⁷. È indubitabile che le istituzioni laiche come oggi le conosciamo siano il frutto anche di quel processo di secolarizzazione che, come si diceva poc'anzi, ha avuto il merito di separare il sacro e il profano, ammortizzando quelle pretese di partecipazione delle religioni nei processi politici. Ed è altrettanto indubitabile, come affermano Luc Ferry e Marcel Gauchet, che si può parlare di secolarizzazione solo nella misura in cui la religione non sia più capace di strutturare lo spazio pubblico e non si presenti più come fonte del diritto³⁸. Ma è altrettanto importante tenere separati i due fenomeni, a mio avviso differenti, della laicità e della secolarizzazione. Entrambi hanno chiaramente a che vedere con il ruolo della religione nello spazio pubblico e sul tema della laicità si tornerà ampiamente in seguito. Basti per ora segnalare come essa assuma un ruolo di tipo normativo, cioè indichi attraverso delle norme e dei valori, nella maggior parte dei casi costituzionalmente sanciti, un comportamento da tenere al consociato e ai pubblici poteri in materia religiosa. Diverso è il compito svolto dalla secolarizzazione, che

³⁶ Quella che J. Habermas, *La religione nella sfera pubblica. Presupposti cognitivi dell' "uso pubblico della ragione" da parte dei cittadini credenti e laicizzati*, in ID., *Tra scienza e fede*, Laterza, Roma – Bari, 2008, pp. 19 – 49, p. 20 definisce l' "ondata di laicizzazione che va di pari passo con la modernizzazione sociale".

³⁷ Tale posizione è assunta, ad esempio, da D. Gamper, *Laicidad europea. Apuntes de filosofía política postsecular*, Edicions Bellaterra, Barcellona, 2016, pp. 16 e ss.

³⁸ L. Ferry – M. Gauchet, *Le religieux après la religion*, Grasset, Paris, 2004, p. 26.

si limita a fungere da categoria esplicativa, storica o meramente sociologica, del ruolo svolto dalle religioni nella vita pubblica dei consociati. Non è un mistero, infatti, che l'ambizione degli studi sociologici sia sempre stata quella di misurare l'esposizione pubblica della religione e la sua "resistenza alla privatizzazione"³⁹. Come segnala al riguardo Gianfranco Poggi

“È inevitabile [...] che a livello esistenziale venga esperito un conflitto tra i diversi valori a cui l'individuo può riferirsi per attribuire significato alla propria esistenza; e che a livello collettivo i rispettivi ordini si confrontino daccapo in maniera conflittuale, ciascuno di essi cercando di far valere le proprie esigenti ragioni a spese delle ragioni degli altri.”⁴⁰

Questa conflittualità sociale permane anche in un Occidente laico e di essa prova a spiegare le ragioni la sociologia attraverso la raccolta e l'analisi dei dati statistici sulla presenza pubblica delle religioni. Ma già il conflitto nell'arena pubblica indica una certa reviviscenza del fenomeno religioso che necessita dell'elaborazione di nuovi strumenti di analisi che non si basino sul mero preconetto di un declino della religione. È evidente che la tradizionale teoria della secolarizzazione abbia bisogno di un aggiornamento, ma non deve per questo essere accantonata totalmente. È il caso di interpretarla “come una tendenza piuttosto che come una legge di ferro” e, soprattutto, di porla in relazione con determinati fattori che indubitabilmente incidono su di essa⁴¹.

³⁹ D. Gamper, *Laicidad europea*, cit., p. 47.

⁴⁰ G. Poggi, *Ragioni e limiti della secolarizzazione*, cit., p. 151.

⁴¹ Ivi, p. 5. Gli autori analizzano la secolarizzazione (intesa come crescente o decrescente religiosità nello spazio pubblico) in relazione a fattori quali: “(i) levels of societal modernization, human security, and economic inequality; (ii) the predominant type of religious culture in any nation; (iii) generational shifts in values; (iv) different social sectors; and (v) patterns of demography, fertility rates, and population changes.”.

2.2. Secolarizzazione come generale regressione del fenomeno religioso

La secolarizzazione è stata anche intesa in un senso più semplice ed intuitivo, ovvero come generale regressione del fenomeno religioso quale credenza o pratica. È, in effetti, rilevabile da un punto di vista meramente statistico, l'aumento esponenziale nei Paesi occidentali di persone che si dichiarano atee o non credenti, cui fa, tuttavia, da contraltare la permanenza di forti credenze religiose nelle società a maggioranza musulmana, dove, nelle parole di Eugenio Lecaldano:

“L'ateismo o la non religione [...] non si presentano come una posizione di aperta apostasia o presa di distanza dalle convinzioni religiose diffuse, ma come parte di una battaglia politica radicale di critica alla società.”⁴²

Sebbene, dunque, vi siano dati che confermino una regressione del fenomeno religioso, essa non può essere assunta come un compendio uniforme della percezione sociale del fenomeno religioso, soprattutto se rapportato alle caratteristiche storiche dei singoli Stati europei.

Nel 1950, in **Germania**, più del 96 % della popolazione apparteneva ad una delle confessioni cristiane dominanti.: circa il 50% era protestante, mentre il restante 46% si attestava su posizioni cattoliche. A partire dal 1960, tuttavia, la situazione è cambiata

⁴² E. Lecaldano, *Senza Dio*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 37. Lecaldano ricorda, tuttavia, sulle società orientali generalmente intese, come una riflessione critica intorno alla religione sia rivendicabile in un paese come l'India o, ancora, come in Giappone si dichiara non credente la maggioranza della popolazione.

drasticamente, abbassando le precedenti percentuali rispettivamente al 31% e 30%⁴³. Il fenomeno di “allontanamento dalle Chiese” è stato accompagnato da una marcata tendenza di pluralizzazione religiosa, che ha condotto ad un massiccio incremento delle religioni non-cristiane, tra le quali in maniera preponderante l’Islam⁴⁴. Sebbene, infatti, le percentuali di musulmani si presentino ancora relativamente basse se rapportate alle fedi tradizionali (circa il 4% della popolazione tedesca), molti migranti o discendenti di migranti hanno creato gruppi religiosi forti e capaci di creare non pochi problemi alla stabilità del sistema legale⁴⁵.

Risulta più complicato stabilire dei dati precisi sulla popolazione religiosa in **Italia**, dal momento che il censimento nazionale non include domande inerenti il sentimento religioso⁴⁶. Tuttavia esistono alcune fonti statistiche ulteriori cui attingere per farsi un’idea circa la composizione religiosa italiana, che appare, per certi versi, contraddittoria. Come sottolineato in un rapporto di Alessandro e Silvio Ferrari, circa il 90% dei ragazzi prendono parte alle lezioni di religione cattolica, mentre meno del 40% dei contribuenti conferisce alla Chiesa cattolica la parte dell’IRPEF (Imposta sulle persone fisiche) destinata ad associazioni religiose o istituzioni sociali. Altro dato contrastante è che circa il 60% dei matrimoni si svolge secondo il rito canonico, sebbene meno del 25% della popolazione prenda parte alla messa domenicale⁴⁷. È emblematico, tuttavia, che, quasi a chiusura di questi dati altalenanti, i due professori italiani, sottolineino come “the Papacy

⁴³ Cfr. S. Koriath – I. Augsberg, *Religion and Secular State in Germany*, in D. D. Thayer (ed.), *Religion and the Secular State: National Reports*, op. cit., pp. 318 – 330, p. 318.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ivi, p. 319.

⁴⁶ A. Ferrari – S. Ferrari, *Religion and Secular State: The Italian Case*, in D. D. Thayer (ed.), *Religion and the Secular State: National Reports*, op. cit., pp. 445 – 465, p. 445.

⁴⁷ Ibidem.

resides in Italy, which gives the Catholic Church great influence over political and social events in the country⁴⁸.

Il secondo gruppo religioso più importante in Italia è costituito dai musulmani, grazie anche e soprattutto alle massicce ondate migratorie che continuano a investire il Paese. Tale gruppo religioso è seguito nell'ordine da Cristiani ortodossi, Testimoni di Geova, ebrei e valdesi, mentre pare abbastanza ridotto il seguito dei nuovi movimenti religiosi rispetto agli altri Stati europei⁴⁹.

Ancora diversa è la situazione della **Spagna**. Da una recente ricerca effettuata dal CIS (Sociological Research Centre)⁵⁰ si evince che circa il 76% della popolazione spagnola ha dichiarato di essere cattolica. Il dato dimostra come la Spagna abbia effettivamente subito una regressione del fenomeno religioso negli ultimi anni. Anche qui, come in Italia, l'alto numero di immigrati ha incrementato l'appartenenza a religioni non-cattoliche, che si evince dai dati sull'immigrazione: un milione di stranieri provenienti da Paesi di tradizione ortodossa, 900.000 stranieri provenienti da Paesi di tradizione islamica e 600.000 stranieri provenienti da Paesi di tradizione protestante⁵¹.

La situazione del **Regno Unito** è particolare. Separato in tre giurisdizioni legali, Inghilterra/Galles, Scozia e Irlanda del Nord, quest'ultima presenta il tasso di religiosità maggiormente elevato⁵². Nel 2011 in Irlanda del Nord, l'83% ha dichiarato di credere mediante censimento, in Inghilterra/Galles la percentuale è stata del 75%, mentre in

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ivi, p. 446.

⁵⁰ La ricerca è richiamata in Z. Combalía – M. Roca, *Religion and Secular State in Spain*, in D. D. Thayer (ed.), *Religion and the Secular State: National Reports*, op. cit., pp. 656 – 673, p. 656.

⁵¹ Ibidem.

⁵² A. Bradney, *Religion and Secular State in the United Kingdom*, in D. D. Thayer (ed.), *Religion and the Secular State: National Reports*, op. cit., pp. 780 - 792.

Scotia “solo” il 63% ha espresso preferenza per una religione; in tutti e tre i casi la maggioranza ha dichiarato di rifarsi ad un credo cristiano⁵³.

La situazione sociale della **Francia** appare più complicata delle altre. Influenzata da flussi migratori massicci la Francia incentivò a partire dagli anni '70 una politica assimilazionista, favorendo la naturalizzazione ed acquisizione della nazionalità dei migranti economici e delle loro famiglie⁵⁴. Il modello assimilazionista giunse, però, presto al collasso a causa, soprattutto, delle frequenti denunce di atti discriminatori nei confronti degli immigrati, seguito dal connesso problema della *laïcité* francese, che, incoraggiando una relegazione totale della religione in ambito privato, iniziò ad essere essa stessa percepita come forma discriminatoria⁵⁵.

Attualmente, la Francia si presenta come un Paese composto da circa quattro milioni di stranieri, provenienti da altri Paesi europei ma anche dal Maghreb, dall'Africa e dall'Asia, con percentuali che favoriscono ancora la religione cattolica, affiancata dalla presenza imponente di cittadini di religione musulmana.

Sui generis, se rapportate alla situazione sociale degli altri Stati europei, appaiono le condizioni della religione in **Turchia**. Sebbene lo Stato turco sia laico, è innegabile come in esso la religione goda di ottima salute, se si considera che circa il 99,8% della popolazione è musulmana, con sparuti gruppi non-musulmani⁵⁶. La larga maggioranza dei

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ B. Chelini-Pont – N. Ferchiche, *Religion and Secular State in France*, in D. D. Thayer (ed.), *Religion and the Secular State: National Reports*, op. cit., pp. 292 – 317, p. 292.

⁵⁵ Ivi, p. 293.

⁵⁶ E. Öktem – M. C. Uzun, *Religion and the Secular State in the Republic of Turkey*, in D. D. Thayer (ed.), *Religion and the Secular State: National Reports*, op. cit., pp. 736 – 757.

musulmani aderisce alla scuola giuridica hanafita, mentre la minoranza è di fede alevita, una versione eterodossa dell'Islam.

Questa rapida carrellata di dati e statistiche sulla religione in alcuni dei più importanti Stati europei serve a far emergere un dato. Sebbene tutti questi presentino una relazione, per quanto ambigua la si possa considerare, con il fenomeno della secolarizzazione, in tutti permane una parte importante della popolazione che crede in un'entità trascendente, in una religione istituita che gli impone doveri e obblighi specifici. E questo si verifica a prescindere dal rapporto tra Stato e religione, perché il fenomeno religioso in quanto tale persiste, seppur con percentuali minori, sia in Stati che presentano un legame istituzionalizzato con la Chiesa, come la Gran Bretagna, sia in Stati che dalla Chiesa sono formalmente separati, come la Francia, la Turchia, l'Italia e la Spagna. Qui, però sorge un problema: acclarata la permanenza socialmente rilevante del fenomeno religioso, che dunque ci induce a rilevare un ridimensionamento della teoria della secolarizzazione se intesa semplicemente quale "regressione generale del fenomeno religioso", quale atteggiamento devono assumere gli Stati, e nello specifico gli Stati europei, dinanzi ai nuovi problemi di carattere religioso?

3. DA UNA TEORIA DELLA SECOLARIZZAZIONE A UNA TEORIA DEL PLURALISMO

Gli Stati europei sono chiamati a confrontarsi con un nuovo atteggiarsi del fenomeno della secolarizzazione, quello secondo cui "la religione è solo una possibilità tra le altre". La prevalenza attuale di questo terzo modello di secolarizzazione trova

fondamento, probabilmente, nella non corrispondenza univoca tra la secolarizzazione istituzionale-politica, quel *minimum* finora indicato della separazione tra sfera politica e sfera religiosa, e la secolarizzazione della coscienza individuale⁵⁷, che si trova, oggi più che mai, coinvolta nella difficile scelta tra spiegazioni del mondo e della vita di tenore diverso. Come spiega bene José María Mardones:

“Si tradicionalmente la religión ejerció la función de visión del mundo, o como dirá Marx, la teoría general de este mundo, en la sociedad moderna le saldrán competidores cada vez más poderosos: el cientismo o pretendida visión totalizante desde la ciencia moderna y las diversas ideologías que quieren dar una respuesta a lo que es el mundo, la historia y la vida humana, incluso los modelos de socialización y de “vida buena” ofrecen diversas reconstrucciones de sentido de la realidad y la vida.”⁵⁸

Il ruolo egemonico della religione è oggi soppiantato da quello del pluralismo dei valori. La religione è affiancata da nuovi *competitors* che la sfidano apertamente. Accanto alle produzioni di senso religiose, si affiancano oggi altre descrizioni della vita (etiche, morali, filosofiche) che appaiono a molti uomini tanto appaganti quanto quelle offerte dalle religioni istituzionalizzate. E questa nuova situazione di fatto, favorita certo nel suo sviluppo dal modello politico liberal-democratico, mina la stabilità degli Stati costituzionali. Quando la religione istituita non è unica (o non è affatto istituita) o le “produzioni di senso” diventano molteplici lo schema della regolazione *ex ante* fallisce perché viene soppiantato da una nuova esigenza che è quella di riconoscere agli individui

⁵⁷ P. L. Berger, *The Desecularization of the World: A Global Overview*, in P. L. Berger, ed., *The Desecularization of the World*, cit., pp.1-18, p. 3.

⁵⁸ J. M. Mardones, *Secularización* in J.G. Caffarena, *Religión*, Editorial Trotta, Madrid, 1993, pp. 107-122, p. 110.

la massima libertà nella scelta tra concezioni della vita in competizione tra loro. Questa dimensione della *scelta* è stata accolta, seppur con accenti e sfumature diverse, da due sociologi e filosofi, Charles Taylor e Peter Berger, che hanno avuto il merito di problematizzarla rivedendo, il primo, la teoria standard della secolarizzazione, e proponendo, il secondo, la sostituzione della teoria standard della secolarizzazione con una teoria del pluralismo.

Prima di analizzare le tesi di questi due autori è, tuttavia, opportuna una precisazione. Entrambi si muovono in un contesto, quello nordamericano, che presenta sostanziali differenze rispetto a quello europeo in tema di presenza a livello sociale del fenomeno religioso⁵⁹. L'interesse per questi due autori è però motivato, da una parte, dal continuo riferimento che essi fanno all'interno delle rispettive opere al contesto europeo; dall'altro, facendo entrambi leva su di una categoria molto generale qual è quella del "pluralismo come fatto", consentono di traslare le loro riflessioni a qualsiasi contesto che presenti le caratteristiche proprie di tale categoria.

3.1. Charles Taylor. La fede come opzione

“Il mio intento [...]è di esaminare la nostra società alla luce di questa terza accezione di secolarizzazione che potrei forse così riassumere: il mutamento che vorrei definire ed esplorare è quello che ci ha condotti da una società in cui era virtualmente impossibile non credere in Dio, a una in cui la fede, anche per il credente più devoto, è solo una possibilità umana tra le altre. [...]La credenza in Dio non è più assiomatica.

⁵⁹ Nel 1844 scriveva Karl Marx che “l'America del Nord è per definizione il paese della religiosità” (K. Marx, *Sulla questione ebraica*, Bompiani, Milano, 2007), rifacendosi sul punto, oltre a Beaumont ed Hamilton, ad Alexis de Tocqueville che individuava nella religione l'ultimo bastione dei valori americani.

Esistono alternative. E questo può anche significare che almeno in certi ambienti potrà essere difficile conservare la propria fede. [...]”⁶⁰

Senza allontanarsi da un piano di analisi empirico, Charles Taylor rileva come la nostra epoca proponga un nuovo modello della secolarizzazione all'interno del quale svolge un ruolo di primaria importanza quello che nel primo paragrafo si è definito “pluralismo come fatto”⁶¹. È un fatto che, a differenza di altri momenti storici, la religione sia divenuta un'opzione e che gli individui non possano essere obbligati a professare e praticare uno specifico credo religioso; nella scelta credere/non credere il pluralismo trova alimento ed entrambe le alternative costituiscono nella società attuale due opzioni totalmente valide ed accettabili. Ma è un fatto ancora più importante quello della “perdita di natura assiomatica” della credenza in Dio. Il pluralismo delle concezioni di vita reca con sé la necessità di argomentare le proprie scelte che non possono, come una volta avveniva, essere imposte agli altri ricorrendo ad argomenti d'autorità. È innegabile che in Taylor, come precedentemente avvenuto in Rawls⁶², la tesi descrittiva del “pluralismo come fatto” assuma anche una carica normativa (sulla quale si tornerà nei capitoli successivi), ma nel primo come nel secondo il pluralismo, che connota in un senso nuovo il paradigma della secolarizzazione, rimane un fatto se inteso quale inevitabile conseguenza della libertà degli individui.

Rispetto alla teoria standard della secolarizzazione che, come detto, postulava (e postula a tutt'oggi, ad esempio, nell'opera di Steve Bruce) una marginalizzazione della

⁶⁰ C. Taylor, *L'età secolare*, cit., p. 14.

⁶¹ Sul punto cfr. A. Bardón, *Liberal Pluralism in a Secular Age* in F. Zemmin-C.Jager-G.Vanheeswijck (eds.), *Working with A Secular Age. Interdisciplinary Perspectives on Charles Taylor's Master Narrative*, Walter De Gruyter, Berlin/Boston, 2016, pp. 123 – 126, secondo la quale, addirittura “the most important characteristic of the secular age, as described by Charles Taylor, is pluralism” (p. 123).

⁶² Ivi, p. 126.

religione come processo lineare che trova le sue ragioni nel relativismo, nella privatizzazione e finanche nel pluralismo, Taylor non nega la rilevanza di questi fattori ma ne interpreta in maniera differente le conseguenze. A suo avviso, il risultato della secolarizzazione, che mantiene una propria capacità esplicativa, non è la marginalizzazione della religione ma una posizione qualitativamente e quantitativamente differente di quest'ultima nella vita umana e nella società⁶³. La critica al modello della secolarizzazione come ritrazione della religione dallo spazio pubblico e della secolarizzazione come mera regressione del fenomeno religioso vede un passaggio obbligato nella constatazione che: a) il ruolo della religione non si è affatto affievolito, specie nelle democrazie occidentali, dove accanto alle religioni tradizionali, che mantengono anche un ruolo storico-culturale forte, emergono nuove religioni capaci di influenzare in maniera sempre più evidente l'opinione pubblica; b) il pluralismo è corrosivo solamente rispetto a quelle religioni che si dimostrano incapaci di prescindere dall'uniformità della dottrina e della sua interpretazione⁶⁴. Come meccanismo di difesa rispetto alla razionalizzazione e alla differenziazione tipiche della secolarizzazione, le religioni, dunque, sono chiamate a re-interpretare il proprio ruolo sociale sia da un punto di vista quantitativo, ammettendo una parzialità della propria capacità di coinvolgimento collettivo, che da un punto di vista qualitativo, mostrandosi più disponibili ad incorporare nelle discussioni dottrinali il dato della razionalità moderna.

Le religioni cambiano pelle e, pur conservando un ontologico anelito alla verità assoluta, si mostrano più propense ad integrarlo con quella che Taylor chiama la “dimensione del dubbio e dell'incertezza”⁶⁵. E gli individui, sulla scorta dell'avvenuto

⁶³ G. McKenzie, *Interpreting Charles Taylor's Social Theory on Religion and Secularization*, cit., p. 170.

⁶⁴ Ivi, pp. 174 – 175.

⁶⁵ C. Taylor, *L'età secolare*, cit., p. 24.

passaggio ad una dimensione universalmente riconosciuta di libertà, non si limitano più a credere “ingenuamente” ma lo fanno in maniera “impegnata”⁶⁶, chiamati, come sono, a confrontarsi e sostenere argomentativamente la propria posizione di fronte ad altri individui dalle credenze diverse. Nelle parole di Taylor:

“Questo è il contesto globale di una società che include in sé differenti ambienti, all'interno di ciascuno dei quali l'opzione automatica può essere differente da quella prevalente in altri, sebbene i membri di ciascun ambiente siano perfettamente consapevoli delle opzioni preferite dagli altri e non possano rifiutarle come inspiegabili errori esoterici.”⁶⁷

Non solo, dunque, l'individuo religioso con credenza C¹ accetta la presenza dell'individuo religioso con credenza C², e viceversa. Entrambi sono anche chiamati a ritenere la propria credenza come una semplice “opzione”, tra le tante disponibili sul mercato delle certezze cui più sopra si faceva riferimento. Per dirla ancora con le parole di Taylor, “credere in Dio nel 1500 e credere in Dio nel 2000 non sono affatto la stessa cosa”⁶⁸.

La secolarizzazione come possibilità di scelta tra varie opzioni disponibili è frutto dell'ampliamento dello “spettro delle opzioni possibili” operato dall'umanesimo. Mentre la secolarizzazione come ritrazione della religione dallo spazio pubblico ha avuto lo scopo di indicare una perdita di centralità del discorso religioso nella vita sociale che, come visto, si è il più delle volte sostanziato in un affievolimento di quest'ultimo, e la secolarizzazione intesa come regressione generale del fenomeno religioso ha messo sul banco la questione

⁶⁶ Ivi, p. 25.

⁶⁷ Ivi, p. 37.

⁶⁸ Ivi, p. 26.

del declino progressivo della fede, il nuovo modello di secolarizzazione elaborato da Taylor ha il merito di evidenziare “nuove condizioni della credenza, in una nuova forma dell’esperienza che ci sprona alla credenza ed è definita da essa e in un nuovo contesto entro cui deve procedere qualsiasi ricerca della dimensione morale e spirituale”⁶⁹. Da una parte, dunque, una credenza auto-riflessiva ed impegnata, dall’altra una credenza edotta dello scenario pluralistico in cui si muove.

3.2. Peter L. Berger. della secolarizzazione al paradigma del pluralismo

Parzialmente diversa, ma non per questo meno interessante, è la posizione di Peter L. Berger che, nel testo recentemente tradotto *I molti altari della modernità*, ha propugnato il passaggio da una teoria della secolarizzazione a una teoria del pluralismo. Secondo il sociologo e teologo naturalizzato americano, e questa potrebbe apparire tesi scontata arrivati a questo punto della dissertazione, la secolarizzazione non reggerebbe all’analisi empirica⁷⁰. Essa andrebbe, per tale motivo, sostituita con un nuovo paradigma, quello del pluralismo.

Berger intende per pluralismo quella

“situazione sociale in cui persone diverse per appartenenza etnica, visione del mondo e sistema di valori etici convivono pacificamente e interagiscono reciprocamente in modo amichevole. L’ultima frase è importante. Non ha gran senso parlare di pluralismo se le persone non si parlano tra loro – se, per esempio, interagiscono solo in quanto padroni e schiavi, o vivono in comunità rigidamente segregate e

⁶⁹ Ivi, p. 36.

⁷⁰ Questo punto è più compiutamente sviluppato nel già citato P.L. Berger (ed.), *The Desecularization of the World*, cit.

interagiscono esclusivamente a livello di rapporti economici. Affinché il pluralismo sprigioni tutta la sua dinamica ci deve essere una conversazione prolungata, non necessariamente tra pari ma estesa nel tempo e tale da coprire una vasta gamma di argomenti.⁷¹”

A dire il vero, la rilevanza attribuita al pluralismo non costituisce una novità nel pensiero di Berger, che già nel 1967 in *The Sacred Canopy*, rilevava come la religione avesse perduto il proprio ruolo ‘classico’ consistente nel costruire un’unità di senso nella sfera sociale intorno alle questioni ultime della vita⁷². Individuando proprio nel pluralismo la causa di tale dissolvimento, Berger ricollegò questo alla secolarizzazione in rapporto di proporzionalità diretta. La novità del secondo Berger consiste, invece, nel criticare le fondamenta della teoria della secolarizzazione, proponendo non più una lettura di questo paradigma alla luce di quello pluralistico, ma piuttosto una sostituzione del primo ad opera del secondo.

La portata normativa delle tesi di Berger è evidente: “*deve esserci una conversazione prolungata[...]estesa nel tempo e tale da coprire una vasta gamma di argomenti*”. Essa si fonda, tuttavia, sul rilievo empirico dell’odierna coesistenza nello spazio sociale non solo di diverse religioni, che apportano dunque al discorso *argomenti religiosi diversi*, ma anche tra discorsi religiosi e discorsi secolari, sarebbe a dire tra soggetti che attribuiscono o non-attribuiscono rilevanza alla religione nella loro spiegazione delle ‘questioni ultime’. Uno stato di cose siffatto produce come risultato quella che Berger definisce una ‘*contaminazione cognitiva*’ tra i soggetti che interagiscono, cui si riconnette l’inevitabile duplice effetto di una

⁷¹ P. L. Berger, *I molti altari della modernità*, cit., p. 20.

⁷² P. L. Berger, *The Sacred Canopy: Elements of a Sociological Theory of Religion*, Garden City, New York, 1967, p. 134.

‘relativizzazione’ delle posizioni cognitive e di una perdita della certezza⁷³. A loro volta, la relativizzazione da una parte e la perdita di certezza dall’altra generano nei soggetti un’ansia che trova sbocco in due vie opposte: il fondamentalismo e il relativismo. Mentre il fondamentalismo “è uno sforzo per ristabilire [in maniera patologica] la certezza minacciata”⁷⁴, il relativismo “può essere definito semplicemente come accettazione [passiva] della relatività”⁷⁵. Entrambe le soluzioni, secondo Berger, hanno dimostrato (e continuano a dimostrare) la propria incapacità nel risolvere i problemi politici generati dal pluralismo, dal momento che il fondamentalismo “balcanizza la società, portandola al conflitto perenne o alla coercizione totalitaria” mentre il relativismo “indebolisce il consenso morale, senza il quale nessuna società può sopravvivere”⁷⁶.

La categoria del pluralismo, così delineata e problematizzata anche rispetto agli effetti politici che essa produce, smentisce o, quantomeno, sminuisce la portata esplicativa della secolarizzazione intesa quale generale regressione del fenomeno religioso. Pur avendo la modernità aperto “un vasto campo di scelte cognitive e normative da compiere”, è innegabile come “in gran parte del mondo molte di queste scelte sono religiose”⁷⁷, il che significa che la modernità non è tanto connessa alla secolarizzazione, come si era per anni creduto, quanto piuttosto al pluralismo, che ricomprende al suo interno anche opzioni di tipo religioso. La religione, e qui Berger si avvicina evidentemente alla tesi della “fede come opzione” di Taylor, subisce un processo di de-

⁷³ P. L. Berger, *I molti altari della modernità*, cit., pp. 21 – 23. Sulla cd. contaminazione cognitiva cfr. H. Joas, *Abbiamo bisogno della religione?*, cit., p. 29. Secondo il sociologo tedesco ad avviso di Berger “la coesistenza pacifica tra culture e religioni, in assenza di forti barriere che impediscono il contatto tra esse, conduce necessariamente a ciò che egli chiama «contaminazione cognitiva», una mescolanza di stili di vita, valori e convinzioni religiose diverse. Il suo presupposto psicologico implicito è che quando le persone incontrano altri valori e visioni del mondo concludono inevitabilmente di non poter più dare per scontate le cose come facevano prima, e pensano che gli altri potrebbero anche avere qualche buona idea.”

⁷⁴ Ivi, p. 36.

⁷⁵ Ivi, p. 39.

⁷⁶ Ivi, p. 47.

⁷⁷ Ivi, p. 57.

istituzionalizzazione che la soggettivizza, ovvero “il consenso accordato a una determinata religione non è più dato per scontato [ma] deriva da una scelta, o da una serie di scelte”⁷⁸. Anche laddove la religione si presenti istituzionalmente articolata, l’adesione ad essa da parte di un soggetto non potrà che avvenire quale libera adesione ad un’associazione volontaria⁷⁹.

4. IL RUOLO DEL DIRITTO DINANZI AL ‘FATTO DEL PLURALISMO’

Un aspetto che è stato finora (volontariamente) trascurato è che il fatto del pluralismo ha trovato un terreno molto fertile sul quale piantare le proprie radici: lo Stato costituzionale di diritto. Il rilievo empirico della situazione pluralistica non può, infatti, prescindere dal contesto nel quale essa si sviluppa. Il riconoscimento, avvenuto perlopiù attraverso le Carte costituzionali, di diritti fondamentali, tra i quali assumono particolare valore i principi della libertà e dell’eguaglianza, ha indubbiamente favorito la possibilità che hanno gli individui di scegliere quali soluzioni offrire ai problemi che prima abbiamo definito, sulla scorta di Luckmann, di ‘significanza ultima’.

Il nodo problematico, se così si vuol definirlo, del pluralismo è, però, il seguente: se l’individuo è libero di scegliere se credere o meno e, più in generale, di scegliere quello in cui credere, non può affermarsi di conseguenza che nella cornice degli Stati costituzionali tutte le scelte individuali in materia religiosa debbano essere accettate. Questo problema è tanto più pressante se si pensa a quanto sopra affermato, cioè che la religione e, in particolare, gli effetti pratici che il credo religioso continua ad imporre ai credenti non hanno perso la propria rilevanza pubblica. Se fino a questo punto ci si è

⁷⁸ Ivi, p. 98.

⁷⁹ Ivi, p. 115.

posti la domanda di quale sia lo stato dell'arte del fenomeno religioso nelle società contemporanee, bisogna ora comprendere come, rispetto a questo stato dell'arte, debba comportarsi il Diritto. Il problema sarà affrontato nei prossimi capitoli ma è bene chiarire sin da subito alcuni assunti.

La tesi della de-istituzionalizzazione della religione, come visto condivisa, seppur con sfumature diverse, sia da Taylor che da Berger, ha fatto emergere un problema molto serio all'interno degli Stati costituzionali di diritto. Quello spazio istituzionale, lasciato (come visto, almeno formalmente) libero dalle istituzioni religiose è stato via via occupato dall'istituzione giuridica che si è proposta il perseguimento di determinati fini e propositi⁸⁰, oggi perlopiù costituzionalmente stabiliti. Non è raro rilevare una collisione tra i valori proposti dalla pratica religiosa e quelli protetti dall'ordinamento giuridico. Si pensi ai casi emblematici della macellazione rituale, del porto del velo o, ancora, del divieto di proselitismo, sui quali si tornerà in seguito. Sono tutti casi, questi, nei quali si genera un conflitto tra l'obbligo imposto dal credo religioso e quello imposto dal Diritto, e il fatto che la società non si presenti più omogenea da un punto di vista etico, morale e religioso accresce la conflittualità insita in queste situazioni. Tale conflittualità assume in misura sempre maggiore la veste del "conflitto dichiarato", ovvero un conflitto che si traduce "in pretese comportamentali rivolte all'antagonista"⁸¹.

Su questo conflitto dichiarato è chiamato ad intervenire il Diritto; esso deve stabilire dei limiti, ovvero indicare chiaramente quali sono i fini che intende perseguire,

⁸⁰ Questa visione 'funzionalista' del Diritto è stata di recente accolta da M. Atienza, *Filosofía del derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid, 2017. Secondo Atienza, quando si parla di Diritto in senso oggettivo (che egli distingue dal diritto in senso soggettivo) "el acento se pone en la intencionalidad, en la idea de propósito o de fin, y de ahí que el Derecho no pueda entenderse, en cuanto artefacto, desde una perspectiva puramente estructural, sino también (sobre todo) funcional. Con el Derecho en su conjunto, pero también con cada institución o con cada norma, se trata de lograr algún propósito y, por eso, las cuestiones jurídicas son esencialmente prácticas, tienen que ver con medios y con fines o, mejor, con la interrelación entre medios y fines".

⁸¹ V. Ferrari, *Funzioni del diritto*, Laterza, Roma – Bari, 1987, p. 153.

rigettando le condotte che con essi si pongono in contrasto. L'influenza che ha esercitato il processo di secolarizzazione nella scelta di questi fini e valori all'interno del sistema giuridico è innegabile. La modernità ci ha consegnato un Diritto geneticamente libero dall'influenza delle religioni⁸², che ha beneficiato della già descritta separazione tra sacro e profano in ambito politico. La giustificazione alla base delle norme che regolano la vita sociale non si basa più su ragioni di tipo religioso, anzi "la modernità è anche e soprattutto un'impresa normativa" perché "in essa il diritto, almeno in larga misura, decide sul rapporto tra politica e religione"⁸³. Quindi se, come abbiamo visto, persiste una forte presenza della religione in ambito pubblico, declinata in quel senso pluralistico che si è qui cercato di analizzare, questa deve comunque agire nei limiti dettati da un Diritto secolarizzato dal punto di vista della giustificazione normativa⁸⁴.

Armonizzare l'avvenuta secolarizzazione della giustificazione normativa e la nuova situazione pluralistica degli Stati costituzionali è, a mio avviso, il compito cui è chiamato oggi il Diritto. In quanto istituzione chiamata ad arginare o, quantomeno, a ridurre il conflitto, essa deve ribadire con forza la sua differenza rispetto ad altri sistemi normativi ma non può disinteressarsi di un 'fatto' che ne mette a dura prova la stabilità. La celebre formula elaborata da Böckenförde ci dice che "lo Stato liberale, secolarizzato, vive di presupposti che esso di per sé non può garantire"⁸⁵. Storicamente esso si è formato proprio a partire dai conflitti religiosi ed è stato capace di elaborare strumenti normativi atti a disinnescarli, primo fra tutti il principio di laicità. Il prossimo capitolo tratterà proprio di capire come, da un punto di vista storico il Diritto abbia reagito alla

⁸² Cfr. T. Gutmann, *Secolarizzazione del diritto e giustificazione normativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 7.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ivi, p. 10.

⁸⁵ E. W. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione*, cit., p. 53.

conflittualità di tipo religioso al fine di comprendere se le strategie finora adottate siano capaci di resistere alla nuova situazione pluralistica che i nostri giorni propongono.

2. PROFILI GERMINALI DELLA LAICITÀ. UN *EXCURSUS* STORICO

1. DA LUTERO ALLA PACE DI WESTFALIA. TRA *POTESTAS INDIRECTA* E TOLLERANZA

1.1. Il cammino verso il modello laico illuminista. Hobbes, Locke e Spinoza.

2. I FONDAMENTI ILLUMINISTICI DELLA LAICITÀ

2.1. Il contributo di Voltaire e Rousseau alla costruzione della laicità francese

2.2. La libertà religiosa come nuova componente della laicità. Immanuel Kant

3. I PROFILI GERMINALI DELLA LAICITÀ. CHIARIFICAZIONI

3.1. Rapporto Stato/chiese

3.2. Rapporto Stato/credenze religiose

1.4 ALCUNE CONSIDERAZIONI INTERMEDIE

1. DA LUTERO ALLA PACE DI WESTFALIA. TRA *POTESTAS INDIRECTA* E TOLLERANZA STRATEGICA

Il concetto normativo di laicità, come oggi lo conosciamo, è il precipitato di una serie di eventi (storici e sociologici) che ne hanno costituito il terreno fertile su cui svilupparsi, nonché di una riflessione filosofica e, più in generale, di morale politica che ne ha precisato negli anni alcune caratteristiche fondamentali.

Con la modernità si produsse la rottura dell'unità cristiana⁸⁶, evento che influì, quantomeno, alla messa in discussione di quell'ordine unico di ragioni etiche e morali che guidarono l'uomo medievale nel pensiero e nell'azione. Sebbene alcuni pensatori, tra i quali spiccano Marsilio da Padova e Guglielmo di Ockham, si fossero già interrogati circa la superiorità del potere spirituale rispetto a quello temporale, tutti partivano dal presupposto incontestato dell'unità del mondo cristiano, all'interno del quale riconducevano la disputa intorno alla distribuzione di poteri⁸⁷. La Riforma protestante creò una breccia in quell'unità, sebbene sia necessaria una certa cautela nell'indicare direttamente i principi ispiratori di quella Riforma come una delle componenti della cultura, e più specificamente della morale, moderna⁸⁸. Nella parole di Fassò:

“La Riforma [...] si ispira ai grandi assertori del primato assoluto della fede e della grazia, come san Paolo e sant'Agostino, in contrasto con i teologi scolastici che avevano voluto conciliare con esse scienza e natura (e legge di natura); e non indietreggia davanti alla negazione del libero arbitrio, ponendo anzi fra i suoi principi fondamentali la predestinazione dell'uomo, e l'impossibilità di salvarsi mediante le opere.”⁸⁹

Ciononostante, Lutero si pose “con grande intelligenza pratica” il problema del rapporto tra la Chiesa e il nuovo potere politico costituito dai principi, formulando la

⁸⁶ F. Arlettaz, *Religión, libertades y Estado. Un estudio a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Icaria editorial, Barcellona, 2014, p. 11.

⁸⁷ Ivi, pp. 12 – 13.

⁸⁸ G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. II. L'Età moderna*, Laterza, Roma-Bari, 2016, p. 35.

⁸⁹ *Ibidem*. Continua Fassò: “Soltanto più tardi, nel secolo XVII, il pensiero protestante, dopo essersi a lungo andare imbevuto dello spirito rinascimentale, ed essere ritornato, in teologia, per gran parte su posizioni affini a quelle scolastiche, opererà decisamente in senso moderno, promuovendo la tolleranza religiosa e politica, e favorendo lo sviluppo delle idee liberali. Il pensiero dei primi riformatori, ed in particolare di Lutero e di Calvino, ha ancora i caratteri che noi siamo soliti dir «medievali»: concezione religiosa ed ecclesiastica della vita, intolleranza, e, in politica, teocrazia”.

famosa dottrina dei “due regni”, quello celeste e quello mondano, chiamati a mantenere tra loro una separazione⁹⁰. Ma lo fece con cautela, utilizzando come strumento la scissione del *forum internum*, “il foro della coscienza che riguarda unicamente il rapporto dell’uomo peccatore con Dio”, dal *forum externum*, ovvero la vertente “politica” della religione, che meglio disponeva i principati a limitare la propria vigilanza esclusivamente su quest’ultimo⁹¹.

Da parte sua, la Chiesa cattolica intuì la necessità di riconsiderare il proprio raggio d’azione politica, vista l’insostenibilità del vecchio dualismo istituzionale tra papato ed impero⁹². Di qui, quello snodo cruciale costituito dal Concilio di Trento, nella cornice più ampia della conosciuta Controriforma, che, lungi dal presentarsi come un’ “assemblea della cristianità” vigilata dai principi tipica del tardo medioevo, assunse le vesti di un’ assemblea a composizione esclusivamente religiosa dalla quale mantennero le distanze i rappresentanti politici, dato oltremodo sintomatico della volontà della Chiesa di adeguarsi al moderno, riconoscendo la propria organizzazione come “parallela e distinta dall’organizzazione politica, dallo Stato”⁹³.

Oltre a questa importante svolta istituzionale nel diverso modo di concepirsi dei due ordini, la Riforma, e le sanguinose guerre di religione che ne seguirono, sollevarono il ben più grave problema della ricerca di nuove soluzioni per la pacificazione dei differenti gruppi religiosi che si contendevano il campo⁹⁴. Si susseguirono, allora, varie strategie di relazione tra potere politico e credenze religiose, tra le quali rivestì inizialmente particolare importanza l’idea della tolleranza. Quest’idea, che in un primo momento si mantenne

⁹⁰ P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 232.

⁹¹ Ivi, p. 233.

⁹² Ivi, p. 272.

⁹³ Ivi, p. 274.

⁹⁴ F. Arlettaz, *Religión, libertades y Estado*, cit., p. 13.

legata a un anelito di unità politica e, successivamente, vista l'impossibilità di quest'ultima e di una riunificazione della cristianità, si articolò come "tolerancia pragmática, concedida por el soberano como un limitado derecho a disentir de la verdad religiosa oficial"⁹⁵. Un'idea, questa, vicina a quella di Giacomo Balmes che descriverà, nel 1846, la tolleranza come:

“[...]pazienza con cui si soffre una cosa che si considera come cattiva, ma che si crede conveniente lasciarla senza castigo. Così si tollera una certa sorte di scandali, si tollerano questi o quegli abusi; talmente che l'idea di tolleranza va sempre accompagnata coll'idea del male.”⁹⁶

Nelle loro manifestazioni più grezze e intuitive emersero, dunque, come facce della stessa medaglia, da una parte l'idea della distinzione tra Stato e Chiesa, basata sui differenti ambiti di competenza del *governo degli uomini* e del *governo delle anime*, e dall'altra l'idea di una necessaria regolamentazione dei rapporti tra Stato e credenze religiose dei cittadini, che, sviluppandosi e migliorandosi nel corso degli anni, fungeranno congiuntamente da apripista al più ampio concetto normativo di laicità statale.

Quanto alla separazione tra potere politico e potere religioso, uno dei suoi effetti fu la c.d. "giuridicizzazione delle coscienze". La Chiesa, rinunciando all'obiettivo di controllare politicamente gli individui, si propose di applicare la sua nuova giurisdizione al loro pensiero più intimo. Fu in questo contesto e per questa ragione che si creò un rinnovato dualismo, non più tra diversi ordinamenti giuridici quanto piuttosto tra legge

⁹⁵ Ivi, p. 14.

⁹⁶ G. Balmes, *Il protestantesimo paragonato col cattolicesimo nelle sue relazioni con la civiltà europea*, coi Tipi di Gio Battista Zampi, Roma, Roma, 1846.

positiva e norma morale-religiosa⁹⁷. Tra il finire del Cinquecento e l'inizio del Seicento la maggior preoccupazione della Chiesa, o meglio delle confessioni che andavano proliferando in varie parti d'Europa, diventava quella della creazione di un modello "giuridico", alternativo a quello politico, che rendesse la religione padrona dell'ambito ben determinato della coscienza individuale. Il risultato di ciò fu, tuttavia, un nuovo amicale e reciproco supporto tra i due ordini distinti dello Stato e della Chiesa, che vide sovrapporsi in maniera ascensionale il delitto e il peccato "mettendo in moto da una parte un processo di criminalizzazione del peccato e dall'altra un processo di condanna morale dell'illecito civile o penale"⁹⁸. Ciò consentì anche alla Chiesa di ri-allargare il proprio raggio d'azione sul *foro interno*, che ora non comprendeva più solamente la coscienza individuale ma anche (e soprattutto) un foro extrasacramentale di cui facevano parte tutte le materie della giurisdizione ecclesiastica "terrena", quali la censura, la dispensa o i procedimenti che precedono l'assoluzione dei peccati riservati⁹⁹. La novità di quegli anni, insomma, non fu una cesura netta tra il potere temporale e il potere spirituale, quanto piuttosto "l'impossibilità di quest'ultimo a sostenere una *generale intromissione* negli affari di qualunque Stato, una volta rotta l'unità cristiana d'Europa"¹⁰⁰. Perché è innegabile che un'ambiguità nella gestione temporale resse, specie in quei Paesi come l'Italia e la Spagna, in cui si mantenne forte il potere della Chiesa cattolica, o la Francia, dove lo Stato si nutriva degli apporti benevoli della Chiesa gallicana. Si fusero, in sostanza, elementi "di

⁹⁷ P. Prodi, *Una storia della giustizia*, cit., pp. 327-328.

⁹⁸ Ivi, p. 332.

⁹⁹ Ibidem. Prodi fa riferimento, più precisamente, ad una "doppia natura" del foro interno, ovvero all' "esistenza di un foro della coscienza, che riguarda il rapporto dell'uomo con Dio e che non viene negato, ma che viene in qualche modo assorbito in un foro della Chiesa che risulta quindi sdoppiato: in direzione del singolo, come foro interno sacramentale ed extra-sacramentale, e della collettività, della *congregatio fidelum* come foro esterno". Una delle basi filosofiche su cui trovò fondamento questa riforma interna alla Chiesa cattolica fu la c.d. "Seconda scolastica", i cui rappresentanti, riprendendo i temi cari alla filosofia tomista, cercarono di adeguarli alla nuova situazione politica del Vecchio Continente. Non è possibile in questa sede un'analisi approfondita della Seconda Scolastica, sulla quale si rimanda al già citato G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. II. L'Età moderna*, cit., pp. 59 – 70.

¹⁰⁰ G. Zagrebelsky, *Scambiarsi la veste. Stato e chiesa al governo dell'uomo*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 26.

continuità e di novità”¹⁰¹, in cui giocarono un ruolo prezioso teorie come quella di Roberto Bellarmino, maggiore tra i sostenitori del potere indiretto del Papa. Bellarmino prese spunto dalle dottrine meno sistematiche sul punto degli spagnoli Juan de Torquemada e Francisco de Vitoria e, pur negando qualsiasi potere temporale diretto del Papa, al quale spettava solo ed unicamente il potere spirituale, ritenne logicamente discendente da quest’ultimo un’indiretta *potestas* sugli affari temporali, da esercitarsi qualora gli interessi spirituali fossero stati messi in pericolo¹⁰². Il potere della Chiesa, da “potere diretto sulla popolazione e i suoi reggitori”, si convertì in “potere indiretto attraverso questi ultimi”¹⁰³.

Quanto, invece, alle strategie di relazione tra Stato e credenze religiose, che spuntarono sul terreno di un’ Europa insanguinata dalle guerre di religione e furono raccolte nella pace di Augusta del 1555, essi si presentarono inizialmente come una “falsa tolleranza”.

Come noto, la pace di Augusta, stipulata tra Carlo V e la Lega di Smalcalda, stabilì il famoso principio del *cuius regio eius religio* che, sancendo la definitiva divisione della Germania tra cattolici e protestanti, lasciava al principe lo *ius reformandi*, ovvero il diritto a stabilire una religione che i sudditi avrebbero dovuto obbligatoriamente seguire. L’unico rimedio per il suddito che non intendeva professare la religione del principe cui era sottoposto era lo *ius emigrandi*, ossia il diritto di abbandonare il territorio¹⁰⁴. Tuttavia, anche la difesa da parte dei principi di questo principio “falsamente tollerante”, con il

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Più ampiamente sul punto: E. Fabbri, *Roberto Bellarmino e Thomas Hobbes. Teologie politiche a confronto*, Aracne, Roma, 2009, pp. 43 – 76.

¹⁰³ G. Zagrebelsky, *Scambiarsi la veste. Stato e chiesa al governo dell’uomo*, cit., p. 27.

¹⁰⁴ Un tratto più genuinamente tollerante caratterizzò l’Editto di Nantes, promulgato nel 1598 da Enrico IV per porre fine alle guerre religiose che avevano messo in ginocchio la Francia, con il quale si riconobbe libertà di culto e di coscienza agli ugonotti.

passaggio simbolico della c.d. “defenestrazione di Praga”, riaprì e segnò la fine definitiva (del)le guerre di religione, suggellata dalla Pace di Westfalia del 1648, che, oltre a ridisegnare i confini politici dell’Europa, universalizzò in essa il principio della tolleranza in un’ottica strumentale di pacificazione¹⁰⁵. In particolare, si estese il principio *cuius regio, eius religio* con alcune variazioni essenziali, tra le quali sono da annoverarsi una libertà di coscienza *ante litteram* che si limitava alla scelta di una delle religioni riconosciute e una maggior apertura verso la pratica privata.

1.1. Il cammino verso l’illuminismo. Hobbes, Spinoza e Locke

Alla modellazione dei due profili germinali della “laicità” che abbiamo introdotto, cioè la rinnovazione necessaria dei rapporti tra Stato e Chiesa da una parte e la ricerca di nuove strategie di relazione tra Stato e credenze religiose dall’altra, contribuirono in maniera decisiva le riflessioni filosofiche di Thomas Hobbes, John Locke e Baruch Spinoza. Fu, infatti, fecondo l’apporto di questi filosofi al modello normativo di relazione tra potere politico e potere spirituale, frutto di un’anticipazione coraggiosa, e in un clima maggiormente ostile e illiberale di quello settecentesco, di un tema che si dimostrerà centrale nella riflessione illuminista¹⁰⁶.

Hobbes, in particolare, anticipò l’idea dello Stato assoluto, che si svilupperà nella sua forma più compiuta a partire dalla Pace di Westfalia, indicandolo come condizione

¹⁰⁵ F. Arlettaz, *Religión, libertades y Estado*, cit., p. 19.

¹⁰⁶ In questo senso si veda il recente lavoro di D. Bifulco, *Il disincanto costituzionale. Profili teorici della laicità*, Franco Angeli, Roma, 2015, pp. 28 e ss.

minima della pace e della sicurezza¹⁰⁷. La sua visione religiosa è stata discussa, e continua ad essere discussa, essendogli state attribuite posizioni che vanno dall'ateismo al Cristianesimo ortodosso¹⁰⁸. Nella costruzione di un'immagine del diritto che fosse utile, come altre istituzioni sociali, a superare difficoltà relazionate alla condizione basiliche della vita umana¹⁰⁹, Hobbes non poté ignorare (e di fatto non lo fece) la grave situazione socio-politica degli anni in cui scriveva.

Indicato, ad ogni modo, come pensatore “di rottura” della tradizionale teologia politica cristiana, Hobbes non si discostò eccessivamente da essa all'ora di abbracciare una visione essenzialmente erastianista dello Stato, chiamato ad “imporre un unico culto e uniche norme di comportamento”¹¹⁰, al fine di garantire ai propri sudditi la pace. La famosa immagine del Leviatano che sostiene nella mano destra la spada, simbolo del potere terreno, e nella sinistra il pastorale, simbolo dell'autorità spirituale¹¹¹, è frutto della concezione hobbesiana secondo cui:

“[...]è cosa connessa con lo stato di sovranità il giudicare quali dottrine siano contrarie od utili al mantenimento della pace, e perciò in quali circostanze, fino a che punto ed in quale misura ci si possa fidare di coloro che parlano al popolo, e chi debba avere il compito di esaminare le teorie contenute in tutti i libri, prima che ne venga autorizzata la pubblicazione. [...]le verità contrarie possono generalmente

¹⁰⁷ E. W. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 47.

¹⁰⁸ S. Duncan, "Thomas Hobbes", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Summer 2017 Edition), Edward N. Zalta(ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/hobbes/>>. Sul punto D. Staffer, “Of Religion” in *Hobbes's Leviathan*, in «The Journal of Politics», Vol. 72, No. 3, July 2010, pp. 868 – 879, segnala una certa “incoerenza” tra la descrizione che Hobbes offre del fenomeno religioso generalmente inteso, contenuta nel cap. XII del Leviatano, e il ruolo politico che può essere svolto dalla religione nella costruzione e nel mantenimento dello Stato, sostenuto nei capitoli successivi: “Since a detailed consideration of Chapter 12 [...]has given us reason to think that Hobbes’s direct analysis of religion is more antireligious than it first appears, it is reasonable to consider whether the same thing is not true, in a less direct way, of Hobbes’s political philosophy” [p. 878].

¹⁰⁹ C. S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 2.

¹¹⁰ P. Prodi, *Una storia della giustizia*, cit., p. 241.

¹¹¹ D. Negro, *Estado y conciencia: una perspectiva histórica*, in M. Ayuso, *Estado, ley, conciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 37 – 44, p. 42.

rappresentare qualcosa di nocivo, tuttavia il più repentino e violento balenare di una nuova verità, qualunque essa sia, non rompe mai la pace, ma soltanto qualche volta genera la guerra, perché quegli uomini che sono governati in maniera così trascurata da osare di impugnare le armi per difendere od introdurre un'opinione, sono ancora nello stato di guerra, e la loro condizione non è pace, ma solo una tregua generata dal timore reciproco, ed essi vivono come se fossero sempre alla vigilia di attaccar battaglia. Tocca perciò a colui che detiene il potere sovrano di esser giudice o di nominare i giudici delle concezioni e dottrine, come una cosa necessaria al mantenimento della pace, per prevenire in tal modo la discordia e la guerra civile.”¹¹²

Queste parole, che giustificano in parte la consolidata lettura di un Leviatano “intollerante”¹¹³, possono essere lette, più moderatamente nel senso che Hobbes nemmeno dovette porsi il problema della relazione tra Stato e credenze religiose, dal momento che, introducendo un meccanismo razionale governato dal sovrano, egli relegò la questione religiosa in una sfera non-politica della vita¹¹⁴. Di conseguenza, dalla sua posizione in merito al primo profilo germinale della laicità, la relazione tra potere politico e potere religioso, che nel suo caso è configurata come un'avocazione a sé da parte del Leviatano di entrambi i poteri, discese una certa indifferenza verso il secondo profilo che si convertì piuttosto in una neutralizzazione dello spazio politico di convivenza. Con la teorizzazione di questo “mondo abitato da cittadini che hanno perduto le proprie differenze pubbliche e sono stati resi uguali dall'azione autoritativa del sovrano”, si

¹¹² T. Hobbes, *Leviathan*, tr. it. di R. Giammanco, *Il Leviatano*, XVIII, pp. 216 – 217.

¹¹³ Daniela Bifulco, nel già citato libro *Il disincanto costituzionale*, p. 40, parla, al riguardo, addirittura di un “azzeramento totale della tolleranza” in Hobbes. Al rispetto, però, andrebbe ricordato che C. Schmitt, *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di C. Galli, Giuffrè, Torino, 1986, pp. 94 – 95 ha sottolineato, rispetto allo Stato hobbesiano la sua natura di “Stato tecnico-neutrale [che] può essere tanto tollerante quanto intollerante; in entrambi i casi resta neutrale allo stesso modo. Il suo valore, la sua verità e la sua giustizia stanno nella sua perfezione tecnica. Tutte le altre idee di verità e giustizia sono assorbite dalla decisione del comando legale; l'introduzione di quelle idee nell'argomentazione giuridica creerebbe soltanto nuovo conflitto e nuova insicurezza.”

¹¹⁴ Riprendo qui la tesi di M. L. Lanzillo, *Tolleranza*, il Mulino, Bologna, pp. 63 – 65, che parla a tal proposito di un “conformismo esteriore” da parte dei sudditi in ambito politico.

assistette, tuttavia, a una scissione tra coscienza privata e pubblica che si rivelerà fondamentale nella configurazione moderna dell' individuo-cittadino¹¹⁵. Si aprì così lo spazio per un campo di signoria dell'individuo sulla propria coscienza, per ottenere la quale gli si chiedeva in cambio una rinuncia a parte della propria libertà esterna.

Partendo dai presupposti filosofici, nettamente differenti rispetto a quelli di Hobbes, di una metafisica monistica e di un metodo rigorosamente deduttivo, Spinoza utilizzò lo stesso strumento del primo per risolvere il problema di una pacifica convivenza tra gli uomini, ovvero il contratto sociale¹¹⁶. Nel *Tractatus teologico-politicus* Spinoza, e questo è il punto che maggiormente ci interessa, sostenne la necessità che le manifestazioni pubbliche di religiosità fossero limitate e controllate dall'autorità politica. L'impostazione di Spinoza è, tuttavia, considerata tradizionalmente come connotata da una maggior apertura al tema della relazione tra Stato e credenze religiose, sebbene, ad esempio, nella sua opera appaia una sola volta il termine tolleranza¹¹⁷. Questo perché alla base della sua filosofia c'è in realtà la ricerca disperata di una definizione della “vera religione” che lo conduce a considerare mere invenzioni umane le altre interpretazioni della stessa che hanno condotto alla discordia e alle guerre di religione. Ma nonostante la sua visione sostanzialmente panteistica e il riferimento continuo della sua opera alle Sacre Scritture, Spinoza contribuì notevolmente a modellare questi due profili, che abbiamo chiamato “germinali” della laicità.

¹¹⁵ Ivi, p. 64.

¹¹⁶ Sul pensiero filosofico-giuridico di Spinoza si vedano tra gli altri il già citato G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. II. L'Età moderna*, pp. 129 – 136, nonché R. L. Vigo, *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1984, pp. 78 – 81.

¹¹⁷ M. L. Lanzillo, *Tolleranza*, cit., p. 82.

In merito alla relazione tra potere spirituale e potere temporale, uno dei suoi più grandi studiosi, Umberto Antonio Padovani, in un articolo chiamato emblematicamente *La formazione ideale del laicismo*, affermò che in Spinoza “il diritto dello Stato coincide con la sua forza, e s’impone a tutto, anche alla religione”, definendo questa concezione “laica ed anticlericale”¹¹⁸. Pur non volendo accettare una lettura così radicale di Spinoza, che in Padovani fu certamente influenzata da un’educazione di stampo neoscolastico, non si può fare a meno di notare in alcuni passaggi del discorso spinoziano un’esigenza di subordinazione delle questioni religiose, rispetto a quelle temporali, scaturigine di conflitti che dovevano essere in qualche maniera tamponati. Il passaggio chiave della precedenza della logica dell’uomo rispetto a Dio, indicato come eretico dai suoi contemporanei, non poteva che sfociare in una sostanziale sottomissione alla volontà sovrana della stessa religione che:

“riceve forza di legge soltanto dal decreto di coloro che hanno il diritto di comandare, e [...] Dio non ha alcun regno particolare sopra gli uomini se non per mezzo di coloro che detengono il potere.”¹¹⁹

Il bisogno di questa subordinazione è però connesso ad un’esortazione chiara nei confronti del sovrano a rispettare la libertà di coscienza e di pensiero dei sudditi, sulla quale, pur volendo, nessun potere potrebbe rivendicare, e, soprattutto, nessun effetto potrebbe produrre, se non quello di inasprire gli animi e di produrre instabilità. E collegata a questa considerazione liberale è quella della separazione tra pensiero e azione, con la quale Spinoza sollevò un tema che si mostrerà centrale per i filosofi illuministi.

¹¹⁸ U. A. Padovani, *La formazione ideale del laicismo* in «Rivista Internazionale di Scienze Sociali», Serie III, vol. 7, fasc. 5, settembre 1936, pp. 460-471, p. 470.

¹¹⁹ Spinoza, *Tractatus theologico-politicus*, trad. it. di G. Durante, Bompiani, Milano, 2007, cap. XIX, p. 696.

Infatti, pur riconoscendo la più ampia libertà del pensiero, e di alcune delle sue manifestazioni¹²⁰, il filosofo di Amsterdam si rese conto del fatto che lo Stato non potesse lasciare una libertà d'azione totale secondo le proprie credenze ai sudditi:

“[...]siccome riguardo alla religione gli uomini sono soliti errare al massimo grado e, per la diversità della loro indole, fingere molte cose con grande rivalità, come testimonia più che sufficientemente l'esperienza, è certo che se nessuno fosse tenuto per legge a ubbidire alla suprema autorità in quelle cose che egli ritiene di pertinenza della religione, allora il diritto dello Stato dipenderebbe dal diverso giudizio e affetto di ciascuno. Nessuno, infatti, sarebbe tenuto a esso se lo giudicasse stabilito contro la sua fede e superstizione, e con questo pretesto, perciò, ciascuno potrebbe ritenersi autorizzato a ogni cosa; e dato che in questo modo il diritto dello Stato sarebbe interamente violato, ne segue che alla suprema potestà, alla quale soltanto spetta, sia per diritto divino sia per diritto naturale, di conservare e tutelare i diritti della sovranità, compete il supremo diritto di stabilire, per quanto riguarda la religione, tutto ciò che crede, e che tutti sono tenuti a ubbidire ai suoi decreti e comandi in tale materia, per la promessa fatta a essa, che Dio vuole sia mantenuta.”¹²¹

L' *esperienza* delle guerre di religione aveva dimostrato l'elevata componente conflittuale delle credenze religiose, che, se portate all'estremo, avrebbero potuto ingenerare nell'uomo la falsa convinzione che i suoi comportamenti secondo fede fossero “più giusti” di quelli imposti dal sovrano. Sostenendo una concezione molto attenta alle libertà individuali, alla quale era sottintesa “un'idea di «diritti» in base ai diversi fini della religione e dello Stato”¹²², Spinoza fu, dunque, capace di intuire la necessità di un

¹²⁰ Tra le quali Spinoza, ad esempio, menziona una certa libertà d'insegnamento delle dottrine.

¹²¹ Spinoza, *Tractatus*, cit., cap. XVI, p. 662.

¹²² M. L. Lanzillo, cit., p. 84.

bilanciamento tra la loro espansione e i loro limiti. E a quell'incoercibilità della coscienza che aveva già caratterizzato l'opera di Hobbes, Spinoza affiancò un'apertura più radicale verso l'insegnamento e la discussione pubblica delle diverse dottrine religiose, dando atto però che non sempre l'agire pratico potesse conformarsi alle stesse¹²³.

In un contesto diverso rispetto sia a quello di Hobbes che a quello di Spinoza, Locke, partecipando alla grande svolta politico-istituzionale del 1689, la quale introdusse il regime monarchico costituzionale in Inghilterra che si sarebbe presto convertito in un regime parlamentare¹²⁴, declinò lo strumento del contratto sociale in maniera diversa rispetto ai suoi predecessori. Nell'idea di uno stato di natura, o pre-sociale, più positiva rispetto a quella di Hobbes e di un potere politico limitato da diritti naturali, troviamo già presenti gli argomenti che saranno alla base delle Dichiarazioni dei diritti americana e francese¹²⁵.

Il problema del rapporto potere civile/religioso è già affrontato nel saggio del 1662 che è intitolato paradigmaticamente *Sul potere del magistrato civile in materia di culto religioso*, dove Locke abbraccia la distinzione tra credenza e pratica: mentre la prima è assolutamente libera e incoercibile, la seconda è affidata al controllo del magistrato, visto il suo potenziale di conflittualità sulla società civile. Ma sarà soprattutto nel successivo *Saggio sulla tolleranza* del 1667 e nella *Lettera sulla tolleranza* del 1689 dove andrà a delinearsi una visione che sarà utilizzata negli anni successivi per giustificare la “vinculación

¹²³ Di questa distinzione dà conto C. Schmitt, secondo il quale è proprio merito di Spinoza quello di aver introdotto la dialettica interno/esterno. Il punto è ben colto da N. Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione* in «Quaderni costituzionali», a. XXXV, n. 4, dicembre 2015, pp. 919 – 929, p. 924.

¹²⁴ P. Costa, *Diritti fondamentali*, voce in Enciclopedia del diritto, Giuffrè, [...], pp. 365 – 417, p. 377.

¹²⁵ E. Fernández García, *La aportación de las teorías contractualistas*, in G. Peces-Barba Martínez – E. Fernández García – R. De Asís (dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo II: Siglo XVIII, pp. 7 – 42, p.25.

necesaria que existe entre la laicidad como principio político y el liberalismo (que está detrás del consitucionalismo moderno) como teoría y como proyecto”¹²⁶.

Ma il problema del rapporto Stato/chiese è affrontato ancor più specificamente nella *Lettera* dove esso mantiene un legame indissolubile con quello della relazione Stato/credenze religiose. Quest’ultimo viene declinato da Locke nella sua famosa idea di tolleranza, che viene giustificata, sul piano politico, proprio dalla distinzione dei fini temporali e spirituali. Da un punto di vista etico, invece, la stessa tolleranza trova fondamento nella conferma dell’ incoercibilità dello spirito: qualunque sia il credo professato, infatti, il suo fine ultimo è sempre la salvezza delle anime, ambito di competenza alieno al magistrato civile¹²⁷. Discende da questa interpretazione della tolleranza una sua doppia utilità: da una parte essa diventa un “segno distintivo della Chiesa cristiana” e dall’altra si presenta come “limite al potere politico”¹²⁸. In effetti, c’è chi, come Franck Lessay, sottolinea il carattere propriamente politico della tolleranza lockiana, che non può essere spiegata se non partendo dal carattere dicotomico tra finalità della società civile e scopi perseguiti dalla Chiesa, tra mansioni del magistrato e obiettivi religiosi, nonché tra i differenti mezzi di cui dispongono autorità pubblica e clero per raggiungere questi ultimi. E, in effetti, la messa in evidenza di queste dicotomie condusse Locke a considerare l’intolleranza contraria al senso stesso delle responsabilità civili e religiose, che devono, al contrario, collaborare nel garantire uno spazio in cui i cittadini possano esercitare il proprio culto¹²⁹. Pur facendolo in ambiti distinti e tramite misure differenti entrambe le istituzioni dovevano cionondimeno creare e mantenere i

¹²⁶P. Salazar Ugarte, *Laicidad y democracia constitucional*, in «Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho», No. 24/ Abril 2006, pp. 37 – 49, p. 37.

¹²⁷ M. L. Lanzillo, *Tolleranza*, cit., p. 88.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ F. Lessay, *Hobbes/Locke: dalla tolleranza negativa alla tolleranza positiva*, in V. Dini (a cura di), *Tolleranza e libertà*, Elèuthera, Milano, 2001, pp. 67 – 85.

presupposti affinché l'uomo potesse soddisfare il desiderio naturale di rendere culto a un Dio¹³⁰. Di qui la proverbiale “intolleranza” di Locke verso gli atei, che non nutrendo alcuna credenza religiosa potevano mettere a rischio il fondamento della società, che non smette di essere genuinamente religioso¹³¹.

2. I FONDAMENTI ILLUMINISTICI DELLA LAICITÀ

Si è soliti dire che la laicità affondi le proprie radici filosofiche nell'Illuminismo e, in particolare, nelle Rivoluzioni liberali che caratterizzarono questo periodo. Abbiamo visto, tuttavia, come alcune delle idee che si troveranno alla base della filosofia di Montesquieu, Hume, Rousseau e Kant già erano presenti nell'elaborazione filosofica di autori come Hobbes, Spinoza e Locke. I due profili germinali della laicità, cioè quello relativo alla rinnovazione necessaria dei rapporti tra Stato e Chiesa e quello attinente alla ricerca di nuove strategie di relazione tra Stato e credenze religiose, che furono trattati con gradazioni e accenti diversi, già si trovano ben argomentati nel pensiero di questi ultimi, impulsato soprattutto dall'esigenza pragmatica della risoluzione dei conflitti religiosi.

Ma il Seicento aveva visto, più in generale, l'affermazione del razionalismo, che giuridicamente si tradusse nell'affermazione del “diritto naturale”, della “morale naturale” e della “religione naturale”, dove *naturale* equivaleva essenzialmente a *razionale*, ovvero relativo alla ragione umana. L'uomo diventava, così, “metro di tutta la verità in ogni

¹³⁰ Ivi, p. 72.

¹³¹ Sul punto F. Arlettaz, *Religión, libertades y Estado*, cit., p. 25. Arlettaz ricorda che secondo Locke “La tolerancia recíproca se refiere a las sectas cristianas, e incluso podría extenderse a otros grupos; sin embargo, no es ilimitada. Locke incluye tres excepciones. La primera consiste en que no se puede tolerar a los grupos peligrosos para la sociedad. Esto es simplemente una consecuencia de los fines asignados a la autoridad civil. La segunda impide el reconocimiento de la tolerancia religiosa a los ateos, ya que al no creer en Dios no se sienten sujetos a las promesas, pactos y juramentos, que son los lazos de la sociedad humana. Finalmente, no pueden reclamar la tolerancia religiosa, los que, al entrar en una iglesia, se someten al servicio de un príncipe extranjero, lo que excluye a los católicos del ámbito de tolerancia.”

campo”¹³² e la sua coscienza si convertiva nel tema centrale della speculazione filosofica, sollevando il problema, ancor’oggi fondamentale in tema di laicità (si pensi a tutta la discussione sull’obiezione di coscienza), di come comportarsi quando il comando statale diverge rispetto ai dettami del culto cui si aderisce¹³³. L’elaborazione teorica dello Stato, contenente in sé la necessità di un suo affrancamento dal potere religioso, e l’affermarsi della tolleranza religiosa che, come visto, in Locke già possiede le sembianze di un riconoscimento di diritti individuali, permisero il passaggio verso l’ *Aufklärung*, dove la fiducia rinnovata nella ragione umana sarà condotta alle sue conseguenze estreme.

Con la pace di Westfalia, la fine delle guerre di religione e il riconoscimento reciproco tra gli Stati assoluti, le confessioni iniziarono a percepire il proprio ruolo diversamente. In un panorama di contrasto interno alla cristianità, la Chiesa cattolica per mantenere i propri privilegi e immunità acconsentì ad un cambio radicale della propria azione politica, con una “rinuncia[...]all’efficacia giuridica esterna della norma morale”¹³⁴. La maturazione, propiziata dai pensatori del Seicento, della separazione tra potere spirituale e temporale non eliminò del tutto l’influenza in ambito pubblico della religione, ma certamente rese consapevoli le confessioni del loro ruolo limitato rispetto al dettato delle leggi positive.

L’esigenza di una prospettiva critica come base del sapere iniziò a diffondersi a macchia d’olio in tutta Europa e lo spirito riformatore dell’Illuminismo si estese anche all’

¹³² G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. II. L’Età moderna*, cit., p. 194.

¹³³ Sul punto P. Prodi, *Una storia della giustizia*, cit., pp. 363 e ss. segnala come in tutto il Seicento siano sorti e si siano succeduti con frequenza scritti di casuistica, quella branca della teologia morale che si occupa di descrivere casi in cui si verifica una divergenza tra regole dettate da diversi sistemi morali. Questi scritti, secondo Prodi, vanno letti congiuntamente perché tutti motivati “dallo sforzo di identificare leggi di comportamento in concorrenza ma anche in intreccio con la crescita del diritto positivo statale” e soprattutto in virtù del loro costituire un “laboratorio dei futuri codici”.

¹³⁴ Ivi, p. 376.

ambito ecclesiastico con una riduzione degli ordini monastici, una limitazione delle prerogative clericali e un generale restringimento della sfera di competenza religiosa, che ora si limitava a incarichi amministrativi, di educazione, beneficenza o ricerca storica¹³⁵. Gli stessi strumenti a disposizione delle chiese per controllare le iniziative culturali, come la censura, andavano perdendo la propria efficacia universale, limitandosi al rimprovero di quei comportamenti che attaccavano direttamente i dogmi, il primato papale e i vescovi¹³⁶. È in questo contesto che germogliarono i pensatori liberi, quelli che seppero esaltare il ruolo centrale della ragione umana, sottoponendo la credenza religiosa a un vaglio critico duro¹³⁷, seppur molte volte velato da un ancor esistente timore reverenziale nei suoi confronti, o moderato dalla volontà di ricondurre la stessa religione nell'ambito della razionalità umana.

Frutto di questo pensiero rinnovato furono, però, anche le schematiche estremizzate di un Illuminismo che nella propensione ad un'astrazione a volte esagerata ignorava il contesto storico all'interno del quale si muoveva. Quest'ultima considerazione non deve, però, oscurare il ruolo centrale che ebbe il pensiero illuminista in ambito

¹³⁵ Si veda su quest'ultimo punto l'articolo di K. Pomian, *Illuminismo e illuminismi* in «Rivista di filosofia», fasc. 1, aprile 2005, pp. 13 – 31, nel quale, pur rendendo manifesta una certa difficoltà storica di identificare un concetto unitario di Illuminismo, inserisce tra i pochi caratteri fondamentali dello stesso proprio le riforme del sistema ecclesiastico e il progredire imperante della secolarizzazione intesa come “perdita da parte della religione della sua posizione al vertice della gerarchia delle manifestazioni esteriori dell'umano nell'uomo, a vantaggio delle forme di sapere e delle abilità profane: delle scienze, delle arti, addirittura delle tecniche o delle attività imprenditoriali, secondo i paesi e i periodi” (p. 22).

¹³⁶ Ivi, p. 23.

¹³⁷ Tra questi merita una menzione particolare David Hume, che dedicò una buona parte dei suoi studi alle questioni religiose. Come segnala Eugenio Lecaldano nella sua *Introduzione* alla bella raccolta di saggi humeiani *Sulla religione e i miracoli. Sulla provvidenza e il male*, Laterza, Roma-Bari, 2008, il filosofo inglese s'impegnò su tre diverse linee di approfondimento del fenomeno religioso. Innanzitutto, si occupò di produrre argomentazioni epistemologiche che confutassero tutte le prove dell'esistenza di Dio. Poi si cimentò in un'indagine sopra la radice antropologica della credenza religiosa, distinguendola così rispetto ad altri tipi di credenza. E, infine, classificando i vari tipi di credenza religiosa, si propose ricostruirne gli effetti sociali e le ricadute sulla storia umana. Di questa raccolta mi sembra di particolare interesse rispetto alla nostra trattazione il saggio denominato *La superstizione e l'entusiasmo* (pp. 53 – 61), nel quale ritiene entrambe (seppur la prima in misura maggiore rispetto alla seconda) cause del disordine sociale. In questo saggio emerge con tutta la sua forza l'anticlericalismo di Hume, sebbene io vi legga in radice una sua grande preoccupazione per il rapporto tra Stato e Chiesa quando, ad esempio, afferma che “la superstizione[...]prende piede gradualmente e insensibilmente; rende l'uomo docile e sottomesso; è accettabile dal magistrato e sembra inoffensiva alla gente, finché alla fine il prete, affermata stabilmente la sua autorità, diventa il tiranno e il perturbatore della società umana, con le sue dispute senza fine, le sue persecuzioni e le sue guerre religiose”.

giusfilosofico nello stimolare una “razionalizzazione della legislazione” e “l’affermazione dei principi giusnaturalistici di libertà e di tolleranza”¹³⁸, che recavano come presupposto un’ormai più consolidata separazione tra potere politico e spirituale, almeno negli ambiti di competenza che a ciascuno di essi spettava¹³⁹.

2.1. Il contributo di Voltaire e Rousseau alla costruzione della laicità francese

Uno dei pensatori illuministi che più si contraddistinse nella lotta contro la Chiesa, in quanto nemica dello spirito razionalista che si andava affermando e ben disposta a riconfermare il proprio ruolo storicamente intollerante, fu senza dubbio Voltaire.

Nel particolare contesto francese, soggiogato dall’ *Ancien régime* che si valeva del supporto della chiesa gallicana per governare con maggior autorità¹⁴⁰, Voltaire seppe introdurre con la dovuta cautela le nuove idee filosofiche di Locke e Hume, spingendosi al punto di proporre una nuova “morale universale” che fosse “laica, razionale e naturale”, nonché frutto di quella tolleranza religiosa che si era rivelata efficace strumento

¹³⁸ G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. II. L’Età moderna*, cit., p. 196.

¹³⁹ Questa separazione appare meno netta nel pensiero di Montesquieu, che non a caso è indicato da G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. II. L’Età moderna*, cit., p. 230 come filosofo che “si allontana dallo schema storiografico usale” dell’Illuminismo. Sulla relazione tra potere religioso e politico in Montesquieu la letteratura è amplissima. Qui mi limito a segnalare un recente contributo di D. Felice, *Religione e politica in Montesquieu* in ID., *Introduzione a Montesquieu*, Clueb, Bologna, 2013, pp. 167 – 202 e il classico studio di S. Cotta, *La funzione politica della religione secondo Montesquieu* (1966), ora in ID., *I limiti della politica*, il Mulino, Bologna, 2002.

¹⁴⁰ Nel 1685 Luigi XIV revocò l’Editto di Nantes, approvando l’Editto di Fointanbleau, il quale prevedeva l’abolizione della libertà di coscienza e di culto per sradicare dalla Francia i conflitti religiosi che l’avevano in precedenza interessata. La Chiesa gallicana accettò di “sottomersi” al potere politico, attraverso una Dichiarazione che negava, invece, qualsiasi potere al Papa. In cambio, la Chiesa gallicana poté fruire di numerosi privilegi, tra i quali la totale esenzione fiscale. Non a caso, fu questo uno dei periodi più floridi della Chiesa che col suo potere temporale giunse a controllare circa il 10% del territorio francese. Per una ricostruzione precisa del periodo pre-rivoluzionario in Francia si veda il recente testo di Ó. Celador Angón, *Orígenes históricos constitucionales del principio de laicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 107 – 111.

di stabilità sociale in Inghilterra¹⁴¹. In questo progetto Voltaire fece continuamente riferimento alla necessità di regolamentare su nuove basi il rapporto tra Stato e Chiesa, trattandola quasi come questione pregiudiziale alla sua nuova teoria della tolleranza. Come segnalato da Maria Laura Lanzillo, a partire dagli anni Sessanta del Settecento, la tolleranza diventerà in Voltaire “fulcro di una concezione moderna della politica”, che trova una sua chiara espressione nel *pamphlet Delenda Carthago*¹⁴². In questo scritto Voltaire dichiarò che

“Non vi è che un potere, quello del sovrano: la Chiesa consiglia, esorta, dirige; il governo comanda. No, non c'è davvero se non un potere. La corte di Roma ha creduto che fosse il suo; ma quale governo non scuote oggi il giogo di questa assurda tirannide? Perché dunque sussiste ancora il nome, quando la cosa stessa è distrutta? Perché lasciare sotto la cenere un fuoco che può riaccendersi? Non vi sono abbastanza sciagure sulla terra, senza che ancora ci debbano contrapporre la disciplina del sacerdozio e l'autorità sovrana?”¹⁴³.

Quello che sembrò contestare Voltaire era la contrapposizione tra due ordini di ragioni differenti; il pericolo era quello di lasciare all'uomo la possibilità di scegliere a quale autorità sottoporsi. A questa libera scelta fu imputato da Voltaire il sangue delle guerre e l'irrazionalità dei conflitti, perché l'ordine che proponeva la Chiesa, e qui il riferimento esplicito di Voltaire è alla Chiesa di Roma allontanatasi dai principi di un cristianesimo genuino, era un ordine di ragioni dogmatico che l'uomo era chiamato ad accettare senza una previa sottoposizione al tribunale della propria ragione.

¹⁴¹ M. L. Lanzillo, *Tolleranza*, cit., p. 109. Il primo scritto di Voltaire che tratta il tema della tolleranza è costituito dalle *Lettere inglesi* del 1732.

¹⁴² Ivi, p. 112.

¹⁴³ Voltaire, *Delenda Carthago!* (1768), in ID., *Scritti politici*, Torino, Utet, 1964, pp. 806 – 807.

I due profili germinali della laicità si uniscono nella complessa teoria della tolleranza di Voltaire. La separazione tra potere spirituale e potere politico è connaturato al concetto di tolleranza, lo caratterizza in vista della costruzione di uno Stato di diritto, in cui il monopolio della coercizione è appannaggio totale del despota illuminato. Quest'ultimo può sì servirsi del cemento religioso per rinsaldare il tessuto sociale, e nei fatti se ne serve, ma resta ferma la consapevolezza di una diversità di fini tra i due ordini (politico e spirituale) che non sarà più rimessa in discussione. La crisi dell' *Ancien régime* non costituiva lo scenario storico adatto per ipotizzare una separazione totale tra Stato e Chiesa, la quale doveva piuttosto declinarsi in una forma di *subordinazione* del secondo potere al primo. Meglio detto, sebbene ideologicamente i tempi fossero maturi per un completo affrancamento del potere politico rispetto a quello religioso, ragioni strategiche, ovvero i conflitti interni che dilaniavano la Francia, suggerirono cautela nel privarsi della fonte di legittimità forte costituita dalla religione¹⁴⁴.

Ma il modello normativo di laicità proposto da Voltaire indicava in questo senso una novità assoluta, cioè quella di ritenere la tolleranza un connotato imprescindibile dello Stato a prescindere dal fatto che le religioni avessero come propria caratteristica la reciproca sopportazione. La tolleranza voltairiana permetteva di stabilire e mantenere l'ordine pubblico e doveva, a tal fine, essere imposta, comandata dall'unico che poteva farlo per mezzo della propria autorità, cioè il sovrano.

In Voltaire, questo primo profilo della laicità di stampo hobbesiano, si affiancò alla “variante di Locke”¹⁴⁵, ovvero una tolleranza fondata sulla base dei diritti individuali. La perdita di valenza politica della religione non era più vista come la “concessione” ma

¹⁴⁴ Non è un caso che anche Voltaire assunse una posizione polemica nei confronti dell'ateismo, di cui temeva soprattutto gli esiti politici, che non erano giudicati compatibili con una società basata su di una religione naturale fondata sulla tolleranza.

¹⁴⁵ Riprendo qui l'espressione utilizzata da M. L. Lanzillo, *Tolleranza*, cit., p. 108.

come un diritto reclamabile da parte di un cittadino che doveva essere sottratto alla dialettica maggioranza (che sopporta) e minoranza (che è sopportata) per vedersi, invece, calato in un contesto pluralistico di credenze. In altre parole, la tolleranza, ora veramente giuridificata dall'atto positivo del sovrano, doveva essere proposta in quanto conforme alla ragione universale e non alla volontà dei gruppi religiosi di sopportarsi vicendevolmente. Il sovrano, che pur incoraggerà secondo Voltaire il credo in una “religione naturale priva di dogmi” e in un Dio estraneo ai fatti umani di cui rimane però giudice¹⁴⁶, non potrà per questo ignorare l'uguaglianza formale riconosciuta a tutti i cittadini che governa.

Rousseau interpretò in maniera decisamente innovativa i due profili germinali della laicità (strategie di separazione Stato/Chiesa, da una parte, e strategie di relazione Stato/credenze religiose dall'altra), proponendo come soluzione alla mancanza di coesione sociale l'instaurazione di una religione civile. Le interpretazioni elaborate sul significato di questa espressione sono moltissime¹⁴⁷ ma il dato certo è che ebbero grande influenza sulla teoria rousseauiana gli approdi filosofici precedenti in tema di separazione potere spirituale/potere religioso e di tolleranza.

Quanto al primo, Rousseau dovette interrogarsi circa la coesistenza di due diverse autorità, che dalla sua prospettiva democratica risultavano effettivamente incompatibili. Da una parte vi era l'immagine famosa del *Contrat social*, attraverso il quale gli uomini affidavano le proprie libertà a un potere non più leviatanico come in Hobbes quanto piuttosto democratico e fondato sull'autolegislazione, dall'altro vi era la chiesa che

¹⁴⁶ Ivi, p. 118.

¹⁴⁷ Si rinvia sul punto alla voce di S. Giner, *Religion civil*, in «Revista Española de Investigaciones Sociológicas», n. 61, a. 1993, pp. 23 – 55.

rimaneva “politicamente avversa alla legittimazione per consenso”¹⁴⁸. La semplice convivenza delle due autorità non sembrava costituire per Rousseau un’alternativa e il filosofo ginevrino ipotizzò, al contrario, una conformazione dell’autorità ecclesiastica al principio democratico di legittimazione per consenso. Il bersaglio polemico era, in particolare, quella Chiesa cattolica che, fondata su una mediazione del clero tra l’uomo e Dio, revocava in dubbio la sostenibilità dell’ideale repubblicano. Tale ideale non poteva ammettere poteri politici alternativi, non poteva permettersi di prestare il fianco alle incursioni di terzi nel contratto democraticamente stipulato dai cittadini, attraverso il quale questi ultimi si erano sottoposti solo ed unicamente all’autorità dello Stato. Le strutture gerarchiche della chiesa, quindi, erano viste sostanzialmente da Rousseau come impedimento al libero sottoporsi dei cittadini alla ragione democratica. Di qui la proposta rousseauiana di una laicizzazione del clero che fosse capace di eliminare qualsiasi velleità di potere di quest’ultimo. In questo senso la posizione di Rousseau, più che ipotizzare una separazione concettuale tra lo Stato e la Chiesa, si mosse nella direzione di un intervento riformatore del primo sulla seconda che servisse ad eradicare definitivamente le pretese di governo politico da parte dell’autorità ecclesiastica.

Quanto alla relazione tra Stato e credenze religiose, Rousseau procedette a una sua riformulazione della tolleranza in termini di doveri, più che di diritti. L’ideale della tolleranza non era più visto come una libertà *dallo* stato, ma come una libertà *nello* Stato, nel senso che mentre l’idea lockeiana si fondava sui diritti, a quella democratica soggiaceva una politica dei doveri¹⁴⁹. Si chiedeva, insomma, al cittadino di adempiere il proprio dovere di tolleranza e, allo stesso tempo, si puniva l’intolleranza, attribuendo alla condotta del soggetto intollerante il disvalore dell’asocialità. In questo modo, la tolleranza si

¹⁴⁸ L. Rizzi, *Religione civile e laicità in Rousseau*, in «Il Politico», anno LXI, n.3, a. 1996, pp. 443 – 462, p. 458.

¹⁴⁹ Ivi, p. 453.

convertiva in uno dei valori politici della religione civile rousseauiana¹⁵⁰, avallando una certa linea d'interpretazione dell'opera di Rousseau secondo la quale, al momento di offrire una soluzione che non sia solo liberale ma anche repubblicana, il filosofo ginevrino avrebbe proposto non un culto pubblico di stampo laicista¹⁵¹, quanto piuttosto un “codice morale” volto alla garanzia, tra le altre cose, della tolleranza. Davanti alla dissoluzione della religione comune, che privava il codice morale della sua base condivisa, non restava che far affidamento su di un modello di Stato aconfessionale, che ammette dunque al suo interno un forte pluralismo religioso, fondato però su di una religione “naturale” che indicasse, come suo contenuto essenziale, quei comportamenti minimi che ci si aspetta dai propri cittadini.

2.2. La libertà religiosa come nuova componente della laicità. Immanuel Kant

Il 1° ottobre 1794 Immanuel Kant ricevette un rescritto regio che lo accusava di aver introdotto surrettiziamente nello Stato prussiano dottrine contrarie alle Sacre Scritture e al Cristianesimo, diffidandolo dal rendersi colpevole in futuro di tali comportamenti. La reazione governativa fu generata dai numerosi scritti che Kant aveva dedicato al tema della religione. In particolare, a suscitare l'ira del governo furono il libro *La religione entro i limiti della sola ragione*, per la pubblicazione del quale Kant aveva ricevuto l'approvazione della facoltà teologica di Königsberg, e un saggio successivo, *Sul detto comune: questo può essere vero nella teoria ma non vale per la pratica*, nel quale il filosofo tedesco si

¹⁵⁰ Maria Laura Lanzillo sottolinea, invece, sul punto una certa dogmaticità della strategia di neutralizzazione di Rousseau, opponendola a quella più tollerante di Voltaire: M. L. Lanzillo, *Tolleranza*, cit., p. 112.

¹⁵¹ Qui laicista è inteso nel senso di anti-religioso, che sarà specificato meglio nel terzo capitolo.

schierò apertamente a favore della libertà di coscienza in materia religiosa. Il periodo censorio s'interruppe, però, con l'avvento al trono di Federico Guglielmo III, di modo che Kant poté pubblicare un nuovo scritto, *Il conflitto delle facoltà*, all'interno del quale rese pubblici i motivi che gli avevano imposto di abbandonare l'argomento religioso.

La tematica religiosa rivestì, dunque, un ruolo privilegiato nella filosofia kantiana. Ma le prospettive che meritano di essere approfondite in questo contesto sono due.

1) Innanzitutto, è interessante vedere come Kant problematizzò il rapporto tra potere religioso e potere politico. Come noto, il filosofo tedesco aderì a quel tradizionale concetto del giusnaturalismo che è lo stato di natura e alla soluzione tradizionalmente fornita ai conflitti da esso generati, ovvero il contratto sociale¹⁵². La declinazione che Kant attribuì allo stato di natura fu però doppia: affianco ad uno *stato di natura giuridico*, che si opponeva concettualmente allo *stato civile sotto il profilo giuridico* (o politico), Kant teorizzò uno *stato di natura etico*, il cui opposto era lo *stato civile sotto il profilo etico*¹⁵³. Entrambi gli stati di natura avevano in comune il fatto che al loro interno l'uomo era sottoposto solamente alla propria legge, senza che esistessero obblighi di natura esterna. Ora, secondo Kant, in una comunità politica già costituita, che si presentava dunque come uno stato civile sotto il profilo giuridico in quanto governato da “leggi pubbliche del diritto (che sono tutte leggi di costrizione)”, permaneva tuttavia uno stato di natura etico, rispetto al quale i cittadini avevano una doppia possibilità: a) rimanervi; o b) uscirne per “entrare con altri concittadini [...] in un'associazione morale”¹⁵⁴. La seconda opzione risultava chiaramente

¹⁵² G. Fassò,

¹⁵³ I. Kant, *La religione entro i limiti della sola ragione* (1793), Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 101.

¹⁵⁴ Ivi, p. 102. In K. Ebels-Duggan, *Moral Community: Escaping the Ethical State of Nature*, in «www.philosophersimprint.org/009008/», vol. 9, no. 8, August 2009, p. 18, l'A. definisce l'associazione morale come “a relationship in which we share our ends, and function as presumptive claims once we achieve this organization”, nella quale “we are vulnerable to one another, and must exercise trust in relying on one another's good will.”

desiderabile secondo Kant, poiché era anelito comprensibile di ogni comunità politica quello di basarsi su una larga coesione etica; tuttavia, il desiderio del sovrano non doveva mai convertirsi in uso della forza per introdurre “una costituzione indirizzata a fini morali”¹⁵⁵. Il cittadino manteneva sempre la possibilità di scegliere, tenendo in conto che:

“[...]siccome è necessario che una comunità morale s'appoggi tuttavia su leggi *pubbliche* e possenga una costituzione fondata su di esse, bisognerà che coloro i quali si impegnano liberamente di entrare in questo ordinamento, non si lascino ordinare dal potere politico come essi debbano interiormente regolare o meno tale costituzione; ma bisognerà che essi si lascino certo fissare dei limiti, cioè si sottopongano alla condizione che in essa non vi sia nulla che contrasti col dovere dei suoi membri, come *cittadini dello Stato*[...]"¹⁵⁶

Kant comprese l'esigenza e la necessità per una comunità morale di darsi leggi proprie, affermandone l'autonomia interna nel perseguimento dei fini che essa si proponeva di raggiungere. L'intento generale di una comunità morale era quello di promuovere una moralità degli atti, compito sul quale il legislatore politico non poteva mettere bocca. La comunità giuridica, invece, si interessava solamente della legalità degli atti, che poteva e doveva essere regolata dal legislatore. Quindi l'intento kantiano era chiaramente quello di *separare* il potere politico-giuridico, che *doveva* interessarsi solamente alla legalità degli atti posti in essere dal cittadino, e il potere morale, che invece *doveva* occuparsi solo ed unicamente della moralità degli atti posti in essere dagli appartenenti alla comunità. Non può darsi, e su questo punto Kant è cristallino, il caso di una comunità morale che inverta il proprio fine ultimo nel controllo di legalità degli atti, costituendosi

¹⁵⁵ I. Kant, *La religione entro i limiti della sola ragione*, cit, p. 102.

¹⁵⁶ Ibidem.

altrimenti una *teocrazia*¹⁵⁷. L'autonomia interna della comunità morale, inoltre, non può affrancarsi completamente dalle leggi della comunità politica, costituendo queste ultime il limite invalicabile all'interno del quale la stessa comunità morale legifera.

Il primo importante apporto di Kant alla teoria normativa della laicità, specie nello sviluppo di quel primo profilo germinale della separazione potere politico/potere religioso, fu quello di aver affermato l' *autonomia interna* delle comunità morali, seppur con il *limite* del rispetto delle leggi della comunità politica¹⁵⁸.

2) Un secondo profilo interessante è quello della distinzione tracciata da Kant tra *uso pubblico* e *uso privato* della ragione che avrà un'influenza impressionante sulle successive discussioni in materia di laicità e di obiezione di coscienza.

Nel famoso saggio *Risposta alla domanda: che cos'è illuminismo?*¹⁵⁹, Kant delineò un'altrettanto celebre distinzione tra l'uso che può farsi della ragione privatamente e pubblicamente. In particolare, Kant sostenne che l'unica maniera che l'uomo aveva per sottrarsi al proprio "stato di minorità" fosse quello di "fare *pubblico uso* della propria ragione in tutti i campi"¹⁶⁰. È risaputo, tuttavia, come in Kant si verifichi un'inversione concettuale dei termini pubblico e privato, dove il primo è da intendersi come l'uso che uno fa della ragione in quanto "studioso", mentre il secondo è quello che "a un uomo è

¹⁵⁷ Ivi, p. 106. "Si potrebbe anche concepire un popolo di Dio retto secondo *leggi statutarie*, secondo leggi per la cui obbedienza non importa la moralità, ma solamente la legalità degli atti, e si avrebbe allora una comunità giuridica, di cui Dio sarebbe anche il legislatore (la cui *costituzione* sarebbe per conseguenza, una *teocrazia*); [...]"

¹⁵⁸ Il discorso di Kant è, ovviamente, molto più complesso. Molto importante è, ad esempio, la successiva distinzione che egli traccia tra *chiesa invisibile*, come "semplice idea della riunione di tutti i giusti sotto l'immediato, ma morale governo universale divino, che serve da modello ad ogni altro governo fondato dagli uomini", e *chiesa visibile*, come "riunione effettiva degli uomini in un Tutto che concorda con questo ideale", in quanto l'autonomia interna della comunità morale, da un punto di vista empirico, sembrerebbe doversi attribuire alla seconda. Tale questione può essere, però, lasciata al margine nella trattazione presente. Per un'analisi più specifica della teoria kantiana sul punto si rinvia al recente testo di G. E. Michelson (ed.), *Kant's Religion within the Boundaries of Mere Reason. A Critical Guide*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

¹⁵⁹ I. Kant, *Risposta alla domanda: che cos'è l'Illuminismo?* In ID., *Sette scritti politici liberi*, a cura di M. C. Pievatolo, Firenze University Press, Firenze, 2011, pp. 53 – 59.

¹⁶⁰ Ivi, p. 55.

lecito esercitare in un certo *ufficio* o *funzione civile* a lui affidata”¹⁶¹. Si noti bene che per “studioso” Kant non intendeva solamente il professore o l’esperto di una determinata materia, ma qualsiasi persona che avvalendosi di un ragionamento autonomo e di un punto di vista indipendente esprimesse la propria opinione su di un fatto. In questo ambito, Kant non ammetteva limitazioni, in quanto un buon uso pubblico della ragione è l’unico modo attraverso cui l’uomo poteva emanciparsi, sottraendosi al giogo del dogma e della superstizione. Diversamente, invece, considerava sì restringibile l’uso privato della ragione, dal momento che un funzionamento efficace della macchina governativa imponeva ai funzionari di obbedire passivamente ad alcuni ordini imposti dal sovrano¹⁶².

I problemi maggiori sorgevano, però, quando si verificava che un soggetto in quanto “studioso” mettesse in dubbio il contenuto della propria funzione. L’esempio addotto da Kant è quello dell’ecclesiastico che in quanto privato ha il dovere di informare quelli che lo ascoltano circa la dottrina della chiesa. Ma quando in questi casi si verifica un’inconsistenza tra ciò che la chiesa propone e ciò che lui pensa in quanto studioso, nulla gli vieta di abbandonare la propria carica istituzionale. In quest’esempio Kant delinea chiaramente un caso di obiezione di coscienza *ante litteram*.

In effetti, l’apporto maggiore di Kant in materia di rapporto tra Stato e credenze religiose fu proprio quello sulla libertà di coscienza. È merito di Kant quello di aver affrancato la coscienza dall’ambito religioso, trasportandola sul piano dell’autonomia morale individuale¹⁶³. Tuttavia, come può notarsi, l’esempio formulato da Kant appartiene

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² “[...]sarebbe assai dannoso che un ufficiale in servizio, il quale avesse ricevuto un ordine dal suo superiore, volesse ragionare in pubblico sulla opportunità di tale ordine, o sulla sua utilità: egli dovrebbe obbedire”.

¹⁶³ Cfr. sul punto J. A. Téllez, *La libertad de conciencia e de religión. Una apelación a nuestro presente histórico*, in M. Ayuso, *Estado, ley, conciencia*, cit., pp. 129 – 143. Téllez indica come tappe del processo di elaborazione della dottrina moderna della libertà di coscienza: a) Il momento protestante ha avuto il merito di mettere in discussione la verità obbiettiva della fede; b) Il momento illuminista ha proposto una nuova idea di soggettività, unendola all’odio verso la Chiesa di Roma; c) Il momento kantiano ha, come detto, trasposto la libertà di coscienza dal pieno religioso a quello morale; e,

all'ambito ecclesiastico e ha fatto, ad esempio, sorgere il dubbio se quest'apertura del filosofo di Königsberg all'obiezione di coscienza possa o meno estendersi anche ai funzionari statali¹⁶⁴. Comunque, è difficile pensare che Kant avesse già in mente un'obiezione di coscienza come noi la conosciamo oggi. Ma ciò non toglie che il suo apporto al tema si sia poi rivelato essenziale.

3. I PROFILI GERMINALI DELLA LAICITÀ. CHIARIFICAZIONI

Arrivati a questo punto dell'analisi sulle radici storico-filosofiche del concetto di laicità, risulterà evidente che tra il XVII e il XVIII secolo iniziano ad emergere quelli che ho definito *profili germinali della laicità*. Utilizzo quest'espressione perché, a mio avviso, la laicità come principio giuridico-costituzionale affonda le sue radici in concetti diversi tra loro ma che hanno giocato tutti un ruolo fondamentale nella sua costruzione.

Precisamente, la rottura dell'unità cristiana generò il problema di come regolare il fenomeno religioso da un punto di vista giuridico – politico (P). Il potere politico, insomma, era alla ricerca di nuovi strumenti che gli permettessero di far fronte alla frammentazione religiosa che investiva l'Europa. Per trovare soluzione a questa prima problematica, tuttavia, bisognava dar risposta a due sub-problemi:

infine d) Il momento dell'ateismo postulatorio di Nietzsche e Sartre che ha radicalizzato l'autonomia individuale, configurando l'uomo stesso come Dio che produce leggi morali.

¹⁶⁴ Se lo chiede, ad esempio, M. C. Pievatolo nella sua *Annotazione* al saggio di Kant *Risposta alla domanda: che cos'è l'Illuminismo?* In ID., *Sette scritti politici liberi*, cit., pp. 63 – 64. Secondo l' A. un'interpretazione estensiva sul punto sarebbe avallata da quanto sostenuto da Kant nella parte finale del saggio *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica*, dove Kant critica Hobbes, reo di fondare lo Stato esclusivamente sull'uso della forza.

P.1) il primo consisteva in una necessaria ri-definizione dei rapporti tra Stato e chiese¹⁶⁵;

P.2) il secondo consisteva in una regolamentazione dei rapporti tra il potere politico e le credenze religiose più generalmente intese.

Il primo sub-problema (P.1) rivestiva i connotati di un problema *esterno* allo Stato, o, meglio detto, di *relazione esterna* tra due poteri distinti, quello politico e quello religioso. Insomma, aveva a che fare con due ordinamenti distinti, lo Stato e le chiese, caratterizzati da un grado minimo di istituzionalizzazione e giuridicità.

Il secondo sub-problema (P.2.) era un problema *interno* al potere politico (o Stato), o, meglio detto, di *relazione interna* tra potere politico e credenze religiose, a prescindere dalla loro istituzionalizzazione.

3.1. Rapporto Stato/chiese

Il primo sub-problema (P.1), che si accentuò con la nascita dello Stato assoluto, assunse i connotati di una necessaria ri-definizione del rapporto tra ordinamenti giuridici distinti, ovvero un problema, per rifarmi alle parole di Bobbio, che “nasc[e] all'esterno di un ordinamento”¹⁶⁶, in questo caso all'esterno dell'ordinamento giuridico statale. Esso nasce, segnatamente, perché vi è un'altra autorità, esterna allo Stato, che avanza una pretesa di giuridicità sui sudditi/cittadini di quello Stato, provando ad imporre loro

¹⁶⁵ La nozione di Stato è, come noto, molto complessa. In relazione all'ultimo sub-problema segnalato (P.1.), sul quale abbiamo considerato le proposte filosofiche di autori pre-illuministi e illuministi, si accetta la definizione di “Stato moderno” offerta da M. Aienza, *Introducción al derecho*, Distribuciones Fontamare, México, 2011, p. 37 secondo il quale “el Estado moderno [es] una forma de organización política que surge en el Renacimiento y se caracteriza por la concentración y monopolización del poder político”.

¹⁶⁶ N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, p. 185.

obblighi, i quali possono o meno coincidere con il comando statale. Questi obblighi di natura religiosa iniziarono a costituire un problema serio a seguito della rottura dell'unità cristiana, in quanto veniva a mancare quella coincidenza tra fini politici e religiosi che aveva connotato l'Europa cattolica.

Gli autori pre-illuministi e quelli illuministi, adottarono generalmente tre strategie per risolvere questo primo sub-problema:

S.1.P.1.) Strategia *erastianista*, secondo la quale il potere politico estende il proprio potere all'ambito religioso.

S.2.P.1) Strategia *giurisdizionalista*, secondo la quale vi è una subordinazione del potere religioso rispetto al potere politico.

S.3.P.1) Strategia *separatista*, secondo la quale lo stato riconosce libertà al potere religioso di esercitare il proprio potere nel limite delle leggi¹⁶⁷.

Queste tre strategie generali furono declinate in diverso modo dagli autori pre-illuministi e illuministi.

¹⁶⁷ La distinzione è tracciata in questi termini da N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 210 ss., secondo il quale il differente "ambito di validità materiale" dello Stato e delle chiese, ovvero il fatto "che l'uno e l'altro si rivolgano alle stesse persone, sullo stesso territorio, nello stesso tempo, ma regolano materie diverse", ha generato nei secoli la necessità di trovare soluzioni alla complicata relazione tra i due ordinamenti. Più specificamente, Bobbio distingue quattro tipi di "soluzione" ai rapporti tra Stato e chiese:

"1) *reductio ad unum*. Si distingue secondoché si tratti della riduzione dello stato alla chiesa (teocrazia) o della chiesa allo stato (cesaro-papismo nell'epoca imperiale, erastianismo negli stati moderni nazionali protestanti);

2) *subordinazione*. Anche qui bisogna distinguere due teorie o sistemi secondo che si pretenda che lo stato sia subordinato alla chiesa (la teoria, prevalentemente seguita dalla Chiesa cattolica, della potestas indirecta o della potestas directiva della chiesa sullo stato), o che la chiesa sia subordinata allo stato (giurisdizionalismo e territorialismo, durante il periodo delle monarchie assolute);

3) *coordinazione*. È il sistema fondato su rapporti concordatari, che presuppongono il riconoscimento reciproco dei due poteri come "ciascuno, nel proprio ordine, indipendenti e sovrani" (art. 7 Cost.);

4) *separazione*. Secondo il sistema del separatismo, attuato ad esempio negli Stati Uniti d'America, le chiese sono considerate alla stregua di associazioni private, cui lo stato riconosce la libertà di svolgere la loro missione entro i limiti delle leggi." (p. 212).

Tra gli autori pre-illuministi, Hobbes, anticipando concettualmente la nascita dello Stato assoluto, propose una strategia *erastianista* (S.1.P.1), secondo la quale il Leviatano avocava a sé potere politico e potere religioso. Spinoza scelse, invece, una strategia *giurisdizionalista* (S.2.P.1), secondo la quale il potere religioso doveva essere sottomesso al potere temporale; Locke, infine, propose per una strategia più genuinamente *separatista* (S.3.P.1.), secondo la quale potere politico e potere spirituale dovevano mantenere una reciproca autonomia nei rispettivi campi d'azione.

Tra gli autori illuministi Voltaire e Rousseau optarono chiaramente per una strategia di tipo *giurisdizionalista* (S.2.P.1.), che assunse la forma di un atteggiamento più moderato nel primo e di un interventismo riformatore sulle istituzioni ecclesiastiche nel secondo. Kant, invece, adottò una strategia *separatista* (S.3.P.1.) basata sull'indipendenza tra comunità morali e potere politico.

3.2. Rapporto Stato/credenze religiose

Il secondo sub-problema (P.2.), ovvero la necessità di regolamentare i rapporti tra il potere politico e le credenze religiose, a prescindere da una loro istituzionalizzazione, era un problema *interno* allo Stato e presentava maggiori difficoltà. Questo perché la soluzione ad esso offerta risulta in qualche modo influenzata da quella prescelta per il primo sub-problema (P.1).

Anche in questo caso, ad ogni modo, gli autori pre-illuministi e illuministi adottarono essenzialmente tre strategie diverse:

S.1.P.2) Strategia *neutralista*, in virtù della quale il potere politico provvede a una neutralizzazione delle credenze religiose in ambito pubblico.

S.2.P.2) Strategia della *tolleranza*, in base alla quale il potere politico si limita a sopportare le diverse credenze religiose in ambito pubblico.

S.3.P.2.) Strategia dei *diritti individuali*, secondo la quale si riconosce una generale libertà di coscienza a tutti gli individui.

S.4.P.2) Strategia *mista*, la quale combina in uno o più modi diversi alcune delle strategie precedenti.

Tra gli autori pre-illuministi, la soluzione erastianista (S.1.P.1.), offerta da Hobbes al problema del rapporto tra potere politico e potere religioso (P.1.), ridimensionò il secondo sub-problema. La scelta del credo pubblico da parte del Leviatano relegava, cioè, le scelte del cittadino all'ambito privato della coscienza. L'effetto indiretto della filosofia di Hobbes è stato quello di aver problematizzato il rapporto tra coscienza (privata) e manifestazione (pubblica) del credo religioso, sebbene, a mio avviso, la strategia da lui proposta per il secondo sub-problema (P.2.) si riveli sostanzialmente *neutralista* (S.1.P.2).

Dall'approccio giurisdizionalista di Spinoza (S.2.P.1), discese, invece, una diversa impostazione teorica rispetto al secondo sub-problema (P.2.). In Spinoza, infatti, la sottomissione del potere spirituale al potere politico fu accompagnata dall'apertura di uno spazio di diritti individuali sottratti alla disponibilità del sovrano, tra i quali rivestiva una particolare importanza la libertà di pensiero e di parola, con l'adozione evidente di una strategia *dei diritti individuali* (S.2.P.2.).

In Locke, invece, un approccio separatista al primo problema (S.3.P.1) favorì una strategia tollerante al secondo problema (S.3.P.2). Tuttavia, la soluzione lockeiana appare più complessa rispetto alle due precedenti. Ad avviso di Locke, infatti, la tolleranza costituiva caratteristica imprescindibile del cristianesimo e, quindi, i gruppi tra loro in conflitto erano chiamati a tollerarsi a vicenda. Lo Stato, per parte sua, era chiamato sia a riconoscere civilmente i diritti naturali dei cittadini, tra i quali rivestiva particolare importanza il diritto individuale alla libertà di coscienza, sia a tollerare le diverse credenze religiose. In definitiva, la strategia di Locke non può definirsi esclusivamente tollerante; essa è piuttosto una strategia *mista* che combina la strategia *della tolleranza* (S.2.P.2.) e la strategia *dei diritti individuali* (S.3.P.2).

Tra gli autori illuministi, il *giurisdizionalismo* di Voltaire (S.2.P.1) si accompagnò ad una strategia complessa rispetto al secondo sub-problema (P.2). Indicato solitamente come autore classico della tolleranza, Voltaire la interpretò, infatti, in una maniera del tutto innovativa. La neutralizzazione delle credenze, generatrici di conflitto in ambito pubblico (S.1.P.2.), andò di pari passo con una ben precisa strategia della *tolleranza* (S.2.P.2), intesa come valore che lo Stato (il despota illuminato) doveva mettere al centro della propria strategia politica e imporre con le leggi ai propri cittadini, al fine di garantire a tutti il diritto alla libertà d'espressione (S.3.P.2). Per essere più precisi la strategia di Voltaire, che è, a mio modo di vedere, una strategia *mista* (S.4.P.2.), utilizza le due strategie della neutralizzazione e della tolleranza come mezzi per la messa in atto della strategia dei diritti.

Rousseau, dal canto suo, accompagnò il *giurisdizionalismo* (S.2.P.1) a una strategia *neutralista* (S.1.P.2). Rispetto alla strategia neutralista proposta da Hobbes, secondo la

quale il Leviatano in un regime sostanzialmente monarchico sceglieva il culto che i sudditi dovevano praticare pubblicamente, in Rousseau il potere politico era chiamato ad introdurre una dottrina morale con l'intento di educare i cittadini al rispetto delle leggi, neutralizzando tutte le altre loro credenze. Nella dottrina morale della religione civile erano già incluse la tolleranza e il rispetto dei diritti, che quindi non assumono, a mio avviso, la veste di strategie proprie quanto piuttosto di valori inclusi nella strategia neutralista.

Kant, infine, a una strategia *separatista* (S.3.P.1) affiancò una strategia *dei diritti* (S.3.P.2). Infatti, introducendo la distinzione tra uso pubblico e uso privato della ragione, si propose di risolvere il secondo sub-problema (P.2) attraverso una teoria della libertà di coscienza.

4. ALCUNE CONSIDERAZIONI INTERMEDIE

Questa breve introduzione di carattere storico-filosofico ci ha già resi edotti della complessità che caratterizza, in generale, il rapporto tra potere politico e fenomeno religioso, *lato sensu* inteso. Ovviamente, la bipartizione dei due profili germinali della laicità è frutto di uno sforzo analitico che ha come obiettivo la chiarificazione di alcuni concetti che spesso sono confusi o contrapposti. O, meglio detto, mira a distinguere alcuni dei problemi (e le connesse strategie di risoluzione) che ogni teoria normativa della laicità deve porsi. La laicità, come la conosciamo oggi, è un concetto relativamente recente e, come ovvio che sia, non si trovava già sviluppato negli impianti filosofici degli autori pre-illuministi e illuministi che abbiamo analizzato. È tuttavia importante mettere in risalto la continuità tra quel pensiero e il dibattito odierno sulla laicità. Ognuno dei filosofi citati ha,

infatti, contribuito a modellare uno o più profili di questo concetto complesso, curandosi di trovare strategie che si riveleranno idonee a risolvere problemi di conflittualità religiosa.

L'evoluzione storico-filosofica del concetto di laicità non si risolve, chiaramente, nel pensiero illuminista. Uno dei suoi snodi decisivi sarà quello della Rivoluzione francese e dell'annessa Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789), la quale ispirerà gran parte delle Costituzioni odierne, specie nella modellazione di quel profilo della libertà di coscienza e religione che a noi interessa. Sancendo all'art. 10 che "Nessuno deve essere molestato per le sue opinioni, anche religiose, purché la manifestazione di esse non turbi l'ordine pubblico stabilito dalla legge", quella Dichiarazione, recependo gli apporti del pensiero illuminista, incarna le ragioni e i limiti che stanno alla base di un pieno riconoscimento della libertà religiosa, contribuendo al passaggio da una "strategia della tolleranza" ad una "strategia dei diritti individuali"¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Come sottolinea giustamente C. Starck, *Raíces históricas de la libertad religiosa moderna*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», a. 16, Num. 47, Maggio-Agosto 1996, p. 14, "la idea de libertad religiosa toma una nueva dirección en la Ilustración del siglo XVIII. El pensamiento confesional y la garantía jurídica de la paridad entre las confesiones cede paso al individuo y a su posición jurídica, que pasan a ocupar el primer plano. El hombre sale, en palabras de Kant (1783), de «imadurez culpable»: esto es la Ilustración. La libertad religiosa es entendida en la Filosofía política como un derecho individual, que el hombre tiene ante el Estado y también ante la Iglesia. Estas ideas influyeron en el Derecho, lo transformaron, sin llegar a cambiarlo totalmente, como es natural." ma soprattutto "La transición de la mera tolerancia religiosa del Estado a la garantía de la libertad religiosa se produjo en virtud de la Revolución francesa."

CAPITOLO 3

LA LAICITÀ COME CONCETTO INTERPRETATIVO. INQUADRAMENTO TEORICO E SUPERAMENTO DI ALCUNE AMBIGUITÀ

1. INTRODUZIONE

2. LA LAICITÀ COME CONCETTO INTERPRETATIVO

2.1. Uso criteriale e uso interpretativo del concetto di laicità

2.2. L'uso interpretativo del concetto di laicità

2.3. Due presupposti necessari: il Diritto come pratica sociale e l'oggettivismo morale minimo

3. I VALORI DELLA LAICITÀ

3.1. La libertà di coscienza e religione

3.1.1. Libertà negativa e libertà positiva

3.1.2. La libertà di coscienza e religione come *species* della libertà personale

3.1.3. Vi è differenza tra libertà di coscienza e libertà religiosa?

3.1.4. Autonomia individuale ed indipendenza etica come fondamento giustificativo della libertà di coscienza e religione.

3.2. L'eguale considerazione e rispetto

3.3. La tolleranza

4. LA NEUTRALITÀ' COME MODALITÀ' OPERATIVA DELLA LAICITÀ'

4.1. La neutralità

5. SUPERAMENTO DELL'AMBIGUITÀ' SECOLARIZZAZIONE/LAICITÀ.

6. VISIONI PATOLOGICHE DELLA LAICITÀ. LAICITÀ POSITIVA E LAICISMO

6.1. Laicità positiva

6.2. Laicismo

1. INTRODUZIONE

In un recente articolo Dolores Morondo Taramundi ha messo bene in evidenza che il pluralismo come fatto, come anticipato nel primo capitolo, ha sollevato nuovi problemi nei rapporti tra Diritto e religione e che la discussione sul tema della laicità, che si è analizzata nei suoi *profili germinali* all'interno del secondo capitolo, è connotata da un livello di confusione concettuale a volte troppo elevato¹⁶⁹.

La difficoltà di inquadramento del principio di laicità deriva, secondo Morondo Taramundi, dalla sua natura di concetto contestabile, al pari di altri concetti che vi si avvicinano, quali la secolarizzazione e il secolarismo. La necessità di uno schema analitico-concettuale che riempia di contenuto il principio di laicità deve allora costituire l'obiettivo di una proposta normativa sulla laicità che serva per "valutare", come negli obiettivi di Taramundi, i differenti regimi di laicità o, come nelle intenzioni del mio lavoro, la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa. Ma perché al fine di analizzare e valutare pronunce giurisprudenziali che, come vedremo, chiamano in causa la libertà religiosa e il principio antidiscriminatorio è necessario il ricorso al concetto, sicuramente più ampio ed articolato, della laicità?

Tenterò di sostenere, condividendone la natura concettuale "contestata" o "interpretativa" (par. 2), che una teoria normativa sul concetto di laicità deve rispondere

¹⁶⁹D. Morondo Taramundi, *El principio de laicidad y el principio antidiscriminatorio en la discusión sobre la libertad religiosa*, in «Diritto&Questioni pubbliche», n. 13/2013, pp. 587 – 619.

proprio al quesito su come interpretare i valori della libertà, dell'eguale considerazione e rispetto e della tolleranza su cui esso si fonda (par.3), che si attuano mediante la modalità operativa della neutralità (par. 4). Tale operazione consente, a mio modo di vedere, di superare le ambiguità che riguardano i concetti di laicità e secolarizzazione (par. 5), nonché di distinguere la laicità da sue due declinazioni patologiche: il laicismo e la laicità positiva (par. 6).

2.LA LAICITÀ COME CONCETTO INTERPRETATIVO.

Morondo Taramundi nell'affermare che il concetto di laicità, al pari di quelli di secolarizzazione e secolarismo, è un concetto "contestabile" (o "controverso") si rifà esplicitamente al famoso articolo di Walter Bryce Gallie "*Essentially Contested Concepts*" del 1956¹⁷⁰. Secondo il filosofo scozzese i concetti essenzialmente contestabili sarebbero caratterizzati: i) dall'essere *valutativamente connotati*; ii) dall'avere una *natura internamente complessa*; iii) dall'essere suscettibili di ricostruzioni differenti in relazione al *diverso ordine gerarchico* che si stabilisce fra i loro vari elementi; iv) dall'esibire un contenuto semantico che possa sostenersi attraverso il ricorso a "buone ragioni"¹⁷¹. Esempi paradigmatici di concetti essenzialmente contestabili sarebbero quelli di democrazia o giustizia. Come segnalato di recente da Vittorio Villa, Gallie non si è dovutamente soffermato però sulla questione di come distinguere, nel contesto delle possibili interpretazioni dei concetti in questione, fra quelle interpretazioni che insistono su di un medesimo oggetto e quelle che,

¹⁷⁰W. B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», vol. 56 (1955 – 1956), pp. 167 – 198.

¹⁷¹Riprendo qui la classificazione di Gallie nella lettura offerta recentemente da V. Villa, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza costruttiva*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 81.

invece, sfuggono anche ad una “base riconoscibile di consenso fra i partecipanti”¹⁷². Gallie risolve questo problema ricorrendo al concetto di “esemplificazione”: attraverso casi paradigmatici che presentano caratteristiche comuni rispetto ad un concetto si otterrebbe quella base comune per il consenso fra i partecipanti. Così facendo, tuttavia, Gallie conferisce priorità logica alle esemplificazioni rispetto al concetto, laddove, invece, dovrebbe essere “quel *set* di assunzioni minimali, vertenti sull’oggetto di quelle date divergenze” a precedere logicamente i suoi casi paradigmatici¹⁷³.

Una soluzione a questo problema è stata offerta da Ronald Dworkin. Secondo Dworkin i concetti politici e morali, che sembrano essere quelli cui anche Gallie fa riferimento, sono tutti esempi appartenenti al genere dei concetti *interpretativi* che così descrive:

Noi condividiamo un concetto interpretativo quando il nostro comportamento collettivo nell’uso di quel concetto deve essere spiegato considerando il suo uso corretto come dipendente dalla migliore giustificazione del ruolo che esso gioca per noi¹⁷⁴.

A differenza dei concetti *criteriali*, che si fondano appunto sulla condivisione di criteri comuni al fine di identificarne i casi particolari, e dei concetti di “*tipi naturali*”, che si

¹⁷²Ibidem.

¹⁷³Ivi, p. 82.

¹⁷⁴R. Dworkin, *Giustizia per i ricci*, Feltrinelli, Milano, 2013, p. 184. Sull’attinenza tra i concetti contestabili di Gallie e i concetti interpretativi di Dworkin cfr. M. Atienza, *Dworkin, la eutanasia y la idea del derecho*, in J. M. Sauca (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2015, pp. 76 – 90, p. 79 dove l’ A. afferma che “en *JusticeforHedgehogs*[...]aparece nunca mencionado Gallie, a pesar de que cualquiera diría que la famosa noción de este último de los «conceptos esencialmente controvertidos» es, por lo menos, un pariente próximo de los «conceptos interpretativos» de Dworkin”; nonché M. Iglesias Vila, *Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*, in «DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho», 23 (2000), pp. 77 – 104.

identificano mediante il confronto con un'identità fissa in natura, i concetti *interpretativi* sono caratterizzati da un disaccordo che verte sulla migliore giustificazione della pratica cui essi appartengono¹⁷⁵. La maniera migliore in cui può essere giustificato un concetto interpretativo dipende, allora, dalla maniera in cui si giustifica la pratica cui quel concetto interpretativo appartiene e viene utilizzato.

¹⁷⁵R. Dworkin, *Il "Poscritto" di Hart e il senso della filosofia politica*, in ID., *La giustizia in toga*, Laterza, Roma – Bari, 2010, pp. 153 – 203. Cfr. sul punto M. Atienza, *Filosofía del derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid, 2017, p. 29.

2.1. Uso criteriale e uso interpretativo del concetto di laicità

Escluso *de plano* che la laicità possa considerarsi un concetto di “tipo naturale” (quale sarebbe l’identità fissa in natura che ne indicherebbe la sostanza?), parimenti azzardata sembra l’ipotesi che riconosce al concetto di laicità una natura esclusivamente criteriale. Nel definire i concetti criteriali Dworkin afferma che “le persone condividono alcuni concetti soltanto quando sono d’accordo su una definizione – approssimativa o precisa – che fissa i criteri per l’applicazione corretta del termine o dell’espressione ad essi associati”¹⁷⁶. L’esempio di concetto criteriale cui ricorre il filosofo americano è quello di triangolo equilatero: tutte le persone riconoscono un triangolo equilatero perché utilizzano un medesimo test per identificarne gli esemplari, ovvero una figura con tre lati uguali. Bisogna allora chiedersi se rispetto alla laicità come concetto si dia (o possa darsi) un medesimo test. In una nota de *La giustizia in toga*, Dworkin sottolinea come:

Forse qualche concetto interpretativo o tutti i concetti interpretativi hanno iniziato la loro vita concettuale come concetti criteriali: probabilmente, ad esempio, le persone hanno avuto il concetto di giustizia quando hanno inteso tutte “ingiusto” per riferirsi soltanto ad atti condannati per convenzione. Ma se è così questi concetti hanno sicuramente cessato di funzionare come concetti criteriali molto tempo fa. Comunque, anche il processo inverso è un fatto comune. Un concetto criteriale impreciso diviene interpretativo, ad esempio, quando è implicato in una regola o in una direttiva o in un principio, la corretta interpretazione dei quali è rilevante¹⁷⁷.

¹⁷⁶R. Dworkin, *Introduzione. Diritto e morale in La giustizia in toga*, cit., pp. 3 – 40, p. 12.

¹⁷⁷R. Dworkin, *La giustizia in toga*, cit., p. 286n.

Questa conclusione di Dworkin apre le porte ad un'analisi del concetto che tenga conto del contesto e dell'uso che dello stesso concetto si fa. Detto in altri termini, se un concetto è interpretativo o, meglio detto, può farsi un uso interpretativo dello stesso (come sosterrò in seguito con riguardo al concetto di laicità), non è da escludersi che del medesimo concetto possa farsi anche un uso criteriale. Si guardi all'origine e all'evoluzione del concetto di laicità.

Nel capitolo precedente si è visto come molti profili germinali della laicità abbiano contribuito a strutturare tale principio che è stato, talvolta espressamente talaltra implicitamente mediante il lavoro costante dei Tribunali costituzionali, incorporato nelle costituzioni di quasi tutti gli Stati europei. Rispetto a tale concetto è dunque ipotizzabile un suo utilizzo criteriale se ci si sofferma su quei criteri, approssimativamente certi o, quantomeno, ampiamente condivisi, che indicano quale laico (o non laico) un determinato Stato costituzionale. Potrebbe, ad esempio, sostenersi che uno Stato in cui vige una costituzione che protegge la libertà di coscienza e di religione e l'eguaglianza è solo per ciò laico. Non mi pare, però, che nei fatti si dia una convergenza tale da offrire criteri certi d'identificazione dello stesso. Quasi tutti i Tribunali Costituzionali indicano come criteri identificativi della laicità la separazione Stato/Chiesa e la neutralità. Ma alcune divergenze rispetto a questo schema comune si danno, ad esempio, nel caso spagnolo. Accanto a questi due criteri, il Tribunale Costituzionale spagnolo ne ha indicato un terzo, quello della cooperazione tra lo Stato e i poteri pubblici da una parte e le confessioni religiose dall'altra, il quale deriva da una disposizione costituzionale precisa (art. 16.3 CE: "Nessuna confessione avrà carattere statale. I pubblici poteri terranno conto delle convinzioni religiose della società spagnola e manterranno le conseguenti relazioni di cooperazione con la Chiesa Cattolica e le altre confessioni"). Se ci si pone nell'ottica di individuare

criteri di identificazione comuni a livello europeo in materia di laicità, come può giustificarsi una divergenza tra il sistema spagnolo e gli altri? O, ancora, si potrebbe parlare di laicità con riferimento alla Gran Bretagna, dove addirittura è negato il principio di separazione dal riconoscimento della Chiesa anglicana quale Chiesa di Stato?

Il problema di una concezione appiattita sull'uso criteriale del concetto di laicità è questo. Essa si dimostra incapace di indicare "normativamente" come dovrebbero essere intesi i valori posti a fondamento della laicità e, quindi, anche un accordo su tali valori si rivelerebbe fine a sé stesso: o tanto "minimo" da risultare privo di interesse pratico o eccessivamente "aperto" alle differenze contenute nelle diverse carte costituzionali da risultare inutilizzabile, ad esempio, da una Corte sovranazionale. Se, infatti, capitasse di dover utilizzare il concetto criteriale di laicità in un contesto che ne richiede un uso interpretativo, come, ad esempio, quello di un giudizio dinanzi alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, esso mostrerebbe una certa inutilità in quanto privo di una teoria normativa che lo riempia di contenuto.

L'unico utilizzo criteriale del concetto di laicità che possa dimostrarsi vantaggioso è, probabilmente, quello che si basa sugli assunti secondo cui la laicità costituisce un principio giuridico-costituzionale delle democrazie occidentali ed è in qualche maniera attinente alla libertà religiosa e al principio di eguaglianza¹⁷⁸. L'accordo in materia, mi pare, si esaurisca su queste due asserzioni e, riprendendo la nota precedente di Dworkin, una volta stabilito criterialmente che la laicità è un principio giuridico-costituzionale delle democrazie occidentali, tale concetto criteriale impreciso si converte in un concetto

¹⁷⁸Su questi criteri comuni d'identificazione sembra esservi, effettivamente, una certa convergenza come segnalato dalla stessa D. Morondo Taramundi, *El principio de laicidad y el principio antidiscriminatorio en la discusión sobre la libertad religiosa*, cit., p. 596.

interpretativo la cui corretta interpretazione è in qualche senso rilevante¹⁷⁹. È importante, dunque, dare conto di un accordo minimo sulla giuridicità costituzionale del principio di laicità e sulla sua attinenza a norme che sono a tutti gli effetti giuridiche come la libertà di coscienza e religione e l'eguaglianza ma non si può prescindere dal passaggio successivo consistente nel proporre una teoria “normativa” (o “prescrittiva” o, in termini più forti, “morale”) rispetto a quegli assunti criteriali minimi, richiesta dall'uso interpretativo che deve farsene. Per affermare che un'interpretazione del concetto di laicità sia normativamente “corretta” sarà, dunque, necessario dar conto di un suo possibile uso in chiave interpretativa e accettare l'asserzione iniziale secondo cui “l'argomentazione giuridica è un'argomentazione tipicamente e pervasivamente morale” in quanto “i giuristi devono decidere quale insieme di principi in competizione fornisca la giustificazione migliore – moralmente più vincolante – della prassi giuridica nel suo complesso”¹⁸⁰, all'interno della quale si iscrive anche il principio giuridico-costituzionale di laicità.

¹⁷⁹La combinazione di un uso criteriale e interpretativo di un medesimo concetto riflette la capacità di Dworkin di non negare una natura comunque “convenzionale” di molti dei materiali normativi su cui si praticano poi “esercizi” di interpretazione. È indubbio, ad esempio, che nel parlare di una concezione “criteriale” del diritto Dworkin riprenda la sua decennale critica al convenzionalismo tipico di teorie “semantiche” del diritto quali il positivismo e il giusnaturalismo (il punto è ben colto da B. Pastore, *Introduzione: una teoria integrata del diritto*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1/2014, pp. 7 – 18, p. 10n); ma questa critica non si spinge mai al punto di negare rilevanza al carattere “istituito” del diritto: cfr. sul punto, R. Nobles – D. Schiff, *The Emperor's New Clothes*, in «The Modern Law Review», vol. 70, No.1, (Jan. 2007), pp. 139 – 160; nonché I. Lifante, *La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción a partir de los casos*, in «Jueces para la democracia», 36/1999, pp. 41-46, secondo la quale, in sostanza, concezioni positiviste come quella di Hart si sarebbero concentrate maggiormente sulla fase pre-interpretativa del diritto e la concezione di Dworkin maggiormente nella fase interpretativa e post-interpretativa.

¹⁸⁰R. Dworkin, *Il “Poscritto” di Hart e il senso della filosofia politica*, cit., p. 158. Questa visione è accettata, seppur con accenti e sfumature differenti da: M. Atienza, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 2006 (trad. it. di Valerio Nitrato Izzo, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012); R. Alexy, *Teoría dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978. Cfr. sul punto A. Abignente, *Argomentazione giuridica*, (voce) in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto. Vol. II*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 1 – 36.

2.2. L'uso interpretativo del concetto di laicità

Se dunque da un punto di vista criteriale si concorda sulla configurazione della laicità quale principio giuridico-costituzionale e su di una sua attinenza *prima facie* ai principi di libertà ed eguaglianza, l'ambito in cui gioca un ruolo centrale tale concetto è quello del Diritto e, più specificamente, quello del Diritto dello Stato costituzionale. Questa è una base comune (se si vuole, appunto, “criteriale” o “convenzionale”) a partire dalla quale può avviarsi una discussione intorno a quale sia l'uso interpretativo “corretto” del concetto di laicità. Mi soffermerò, dunque, sulle caratteristiche di un concetto interpretativo e, segnatamente, sulle qualità che assume il concetto di laicità quando si generano dispute “genuine” intorno al suo contenuto¹⁸¹.

Innanzitutto, i concetti interpretativi sono quei “concetti centrali della morale, politica e personale” come la giustizia, la libertà, l'eguaglianza, che sono condivisi nonostante un disaccordo evidente sui loro criteri di identificazione. Parafrasando Dworkin e adattando le sue parole al concetto che mi interessa, si potrebbe dire che “le persone condividono il concetto di *laicità* nonostante disaccordi evidenti sia sui criteri per identificare la *non-laicità* sia su quali istituzioni sono *non-laiche*”¹⁸². Si è visto come un accordo minimo di partenza oltre ad essere necessario è anche riscontrabile rispetto al concetto di laicità. Superata però questa fase di accordo minimo, è evidente come sia piuttosto l'elemento del *disaccordo* a meritare un'attenzione particolare quando si discutono i concetti interpretativi. Sebbene la tematica del disaccordo sia molto ampia, mi limiterò in questa sede all'analisi di alcuni profili del cd. disaccordo concettuale, cioè quel disaccordo

¹⁸¹È lo stesso Dworkin a definire “genuine” tali dispute differenziandole dalle dispute meramente “verbal” (o “criteriali”, appunto) che coinvolgono i sostenitori di visioni positivistiche del diritto.

¹⁸²Le parole originali di R. Dworkin, *Introduzione. Diritto e morale*, cit., p. 13 sono: “Le persone condividono il concetto di giustizia nonostante disaccordi evidenti sia sui criteri per identificare l'ingiustizia sia su quali istituzioni sono ingiuste”.

che verte sul significato di determinati concetti¹⁸³. Ancor più specificamente, analizzerò quei disaccordi che interessano i concetti giuridici come la laicità¹⁸⁴.

Quando si discute intorno al significato di un concetto che appartiene al Diritto il disaccordo non si genera tanto a livello empirico, cioè relativamente al fatto storico o sociale dell'esistenza o meno di una determinata regola o di un dato principio, quanto piuttosto a livello teorico¹⁸⁵. Forse, sarebbe ancor più corretto affermare che un accordo empirico sui concetti del Diritto non si mostra capace di risolvere completamente il disaccordo sugli stessi; mutuando il linguaggio caro a Betti, si potrebbe dire che l'accordo empirico lascia spazio ad una *eccedenza di disaccordo* che può essere risolta solo in via interpretativa. Se, infatti, tale disaccordo potesse risolversi sul piano meramente empirico basterebbe l'adozione di criteri comuni, cosa che si è vista essere solo parzialmente possibile. È a livello teorico, invece, che coloro i quali dibattono, quelli che fanno parte della pratica in cui il concetto è utilizzato, sviluppano un *atteggiamento interpretativo* tentando di conferire alla stessa pratica un significato "e di riconsiderarla alla luce di quel significato"¹⁸⁶. Gli oggetti della pratica del Diritto, i concetti giuridici, sono sì creazioni ma, come avviene per le creazioni artistiche, esse non appartengono esclusivamente a chi

¹⁸³Cfr. sul punto V. Nitrato Izzo, *Beyond Consensus: Law, Disagreement and Democracy*, in «International Journal for the Semiotics of Law», vol. 25, No. 4, 2012, pp. 563 – 575. Sul tema del disaccordo nel diritto è d'obbligo il rimando ai classici di J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999 e S. Besson, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2005. Una ricostruzione molto precisa del tema del disaccordo nell'opera di Dworkin è, invece, contenuta in L. Ramirez Ludeña, *Los desacuerdos en el derecho*, in «Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho», 35(2012), pp. 126 – 155.

¹⁸⁴Il riferimento è a quelli che V. Villa, *Disaccordi interpretativi profondi*, Mucchi Editore, Modena, 2016, pp. 22 – 23, definisce "disaccordi giuridici" ovvero quei "tipi di divergenze, non necessariamente in forme di contraddizioni [...], che possono verificarsi nei discorsi sviluppati da teorici del diritto, giuristi e giudici nel corso delle loro attività volte a rendere conto del – e a interpretare e applicare il - "diritto positivo" (il linguaggio-oggetto) espressione di una o più organizzazioni giuridiche e contemporanee."

¹⁸⁵R. Dworkin, *L'impero del diritto*, il Saggiatore, Milano, 1989, p. 49. Sulla differenza tra disaccordo empirico e disaccordo teorico nell'opera di Dworkin si vedano: B. Leiter, *Explaining Theoretical Disagreement*, in «The University of Chicago Law Review», 76/2009, pp. 1215 – 1250; P. Luque Sánchez – G.B. Ratti (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons, Madrid, 2012; D. Patterson, *Disaccordo teorico e interpretazione*, in «Ars Interpretandi», 1/2009, pp. 65 – 78.

¹⁸⁶R. Dworkin, *L'impero del diritto*, cit., p. 50.

le ha create poiché a svilupparne il senso contribuiscono coloro che dell'opera fruiscono, tenendo conto dei valori che caratterizzano la pratica stessa¹⁸⁷. Il "disaccordo genuino", così come definito da Dworkin, si genera, allora, non tanto sul concetto in sé quanto piuttosto su come interpretare i valori della pratica che serviranno poi ad illuminare tale concetto, ovvero a "porlo nella sua luce migliore".

La medicina contro il disaccordo è sempre la stessa, quella dell'accordo, tesi che sembrerà banale ma che in realtà non lo è. L'elemento dell'accordo nei concetti interpretativi è stato spesso trascurato ma è lo stesso Dworkin a confermare come la condivisione di un concetto interpretativo dipenda, non diversamente da quanto avviene per i concetti criteriali e di genere naturale, dall'accordo¹⁸⁸. A cambiare, è solamente (si fa per dire) il tipo di accordo richiesto: mentre nel caso dei concetti criteriali esso è il frutto di procedure atte a produrre una condivisione pressoché totale (altrimenti la stessa criterialità perderebbe di significato), con riguardo ai concetti interpretativi la particolarità dell'accordo è che esso non è mai totale, lasciando sempre spazio a differenti opinioni rispetto a quali siano le migliori esemplificazioni del concetto¹⁸⁹. Mentre l'eccedenza di disaccordo dei concetti criteriali è delegata alla pratica interpretativa, l'eccedenza di disaccordo dei concetti interpretativi è costitutiva degli stessi e non può essere eliminata del tutto. Bisogna chiedersi, allora, quale dimensione assume e su cosa insiste l'accordo quando si fa riferimento all'uso interpretativo dei concetti.

L'eccedenza di disaccordo delegata all'interpretazione è la ricerca continua dell'accordo che è anche e continuamente rivedibile. Proprio in quanto continua tale

¹⁸⁷Ivi, pp. 52 e ss. Cfr. sul punto I.S. Papadopoulos, *Interpretazione artistica ed ermeneutica giuridica. Variazioni su un tema di Ronald Dworkin*, in «Rivista di diritto civile», parte I, 1998, pp. 221 e ss.

¹⁸⁸R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, p. 161.

¹⁸⁹Ibidem. È questo il cd. "atteggiamento protestante" di cui parla Dworkin, discusso ampiamente da S. Pajno, *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 157 e ss.

ricerca non arriva mai ad una stabilizzazione totale: l'accordo è rivedibile in qualsiasi momento e un nuovo (e migliore) accordo può sostituire quello precedente. Si potrebbe dire che mentre l'uso criteriale si fonda sull'accordo totale intorno ai criteri identificativi del concetto, l'uso interpretativo (che ha come caratteristica intrinseca il disaccordo) si basa su accordi parziali intorno alla miglior giustificazione normativa di un concetto. L'accordo interpretativo è continuamente in tensione, si costruisce cioè attraverso i persistenti apporti di coloro che condividono la pratica in cui il concetto è utilizzato, e il contenuto del concetto si scopre in maniera progressiva all'interno di una pratica applicativa che si fonda sul dare e chiedere ragioni. La strategia che emerge dallo studio dell'uso dei concetti interpretativi è una strategia che partendo dalla "pratica applicativa dei concetti", giunge, o meglio si propone di giungere, alla "spiegazione del contenuto concettuale"¹⁹⁰. L'interpretazione che verte sui concetti della pratica è in questo senso "costruttiva", volta cioè ad "attribuire una determinata intenzione ad un oggetto o ad un'usanza, in modo da renderli i migliori esempi possibili della categoria o del genere a cui appartengono"¹⁹¹. Se gli oggetti sono i concetti giuridici e il genere cui appartengono è la pratica del Diritto, allora l'accordo tra i partecipanti alla pratica può essere trovato solo e unicamente scoprendo il senso di quella pratica.

Nel caso specifico della laicità, quest'ultima costituisce un concetto di cui può farsi sia un uso criteriale che un uso interpretativo ma, data la scarsa rilevanza pratica di un suo uso meramente criteriale, è opportuno guardare all'uso interpretativo che di tale concetto può farsi. In quanto concetto giuridico, la laicità svolge un ruolo di ragione all'interno della pratica applicativa del Diritto; è dunque a tale pratica che deve volgersi lo sguardo se

¹⁹⁰ R. Brandom, *Articolare le ragioni*, il Saggiatore, Milano, 2002, p. 13. Brandom definisce tale teoria del concettuale "pragmatista" opponendola a una teoria del concettuale "platonista", che invece tenta di spiegare l'uso concettuale a partire da una precedente spiegazione del contenuto concettuale.

¹⁹¹ R. Dworkin, *L'impero del diritto*, cit, p. 54.

si vuole comprendere il contenuto concettuale della laicità o, meglio detto, se si vogliono comprendere quelle ragioni idonee a fungere da fondamento ad un concetto normativo di laicità.

2.3. Due presupposti necessari: il Diritto come pratica sociale e l'oggettivismo morale minimo.

La pratica applicativa del Diritto in cui è incluso il concetto interpretativo di laicità è, più specificamente, quella del Diritto nello Stato costituzionale.

La “costituzionalizzazione” dell'ordinamento giuridico¹⁹² che caratterizza la maggior parte delle democrazie occidentali ha comportato una svolta nella maniera in cui deve intendersi, generalmente, il Diritto. L'introduzione dei principi operata dai documenti costituzionali ha, secondo alcuni, comportato dei mutamenti con riguardo alla teoria della validità del diritto, sottoponendo le leggi non solamente a delle norme formali sulla produzione ma anche a delle norme sostanziali circa il loro significato¹⁹³, dato non ritenuto sufficiente per abbandonare una visione puramente formale e suppositamente avalutativa del Diritto. Secondo altri, invece, la costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico avrebbe oltremodo sminuito il peso delle leggi rispetto ai documenti costituzionali, con la conseguenza che nel momento in cui vi sarebbe da risolvere un problema (soprattutto a livello giurisdizionale) si potrebbe ricorrere direttamente ai principi della Costituzione per sconfessare le leggi in contrasto con essi¹⁹⁴.

¹⁹²Riprendo qui la celebre espressione di R. Guastini, *La “costituzionalizzazione” dell'ordinamento giuridico*, in «Ragion pratica», 11/1998, pp. 185 – 206.

¹⁹³È il caso, ad esempio, della teoria positivista di Luigi Ferrajoli. Sul punto si cita, a mero titolo esemplificativo: L. Ferrajoli, *Lo stato di diritto tra passato e futuro*, in ID., *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 3 – 39.

¹⁹⁴Mi sembra essere questa l'immagine che M. Atienza, *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*, in ID., *Filosofía del derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid, 2017, pp. 117 – 146, p. 131, offre della corrente cd. neocostituzionalista del diritto. Un compendio delle varie posizioni teoriche che

Una teoria più equilibrata che, probabilmente, riesce ad adattarsi meglio al Diritto dello Stato costituzionale è quella offerta dal cd. post-positivismo cui aderiscono, con accenti e sfumature diversi, autori come Ronald Dworkin, Robert Alexy, Neil MacCormick e Manuel Atienza. Senza negare il carattere istituito del Diritto, espresso dalla sua natura sistematica di “insieme di norme”, la concezione post-positivista affianca a questa dimensione anche quella del Diritto inteso come “pratica sociale” attraverso la quale si tratta di raggiungere o massimizzare certi fini e valori. Più precisamente il Diritto non è visto esclusivamente come il comando dell’autorità ma assume le vesti di una creazione umana diretta al soddisfacimento dei valori racchiusi all’interno dei diritti fondamentali¹⁹⁵. La conseguenza di questa nuova maniera di intendere il fenomeno giuridico è quella di non considerare più il Diritto solo ed unicamente come un “oggetto” ma anche, e soprattutto, come un’ “attività”, una “realidad en formación y analizable en términos de fases o etapas de un proceso”¹⁹⁶. Senza tralasciare la fondamentale dimensione istituzionale del Diritto, infatti, la concezione post-positivista sottolinea l’importanza di incorporare le norme (regole e principi giuridici) all’interno di una pratica sociale¹⁹⁷ che almeno nella sua dimensione giustificativa (o di motivazione delle decisioni assunte dalle autorità) si oppone ad una separazione concettuale netta tra il Diritto e la morale¹⁹⁸. Ciò avviene soprattutto in virtù del fatto che le giustificazioni in punto di diritto si basano sempre più frequentemente sui diritti fondamentali che, istituzionalizzati in ragione dell’appena ricordata costituzionalizzazione, entrano prepotentemente nelle

si sono sviluppate intorno alla natura dello Stato costituzionale di Diritto è contenuto in M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, nonché in P. Luque Sánchez – F. Scamardella (a cura di), *Gli argomenti del costituzionalismo. La tensione tra etica e diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

¹⁹⁵Ivi, p. 134. Sul tema del diritto inteso quale pratica sociale si veda il lavoro classico di F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Jaka Book, Milano, 1990.

¹⁹⁶ M. Atienza, *Una idea del Derecho*, in ID., *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pp. 15 – 46, p. 16.

¹⁹⁷ Ivi, p. 17.

¹⁹⁸ Ivi, p. 19. Sul punto è d’obbligo il richiamo a C.S. Nino, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho* (1994), Siglo Veintiuno Editores Argentina, Buenos Aires, 2014, pp. 47 e ss.

argomentazioni dei tribunali di ogni grado di giudizio. E se a tali diritti si attribuisce la natura di “diritti morali”¹⁹⁹, è ovvio che il ragionamento giuridico, che di quei diritti si nutre, presenti una connessione forte con quelle ragioni morali. Ovviamente, il ragionamento morale “puro” è libero da quei vincoli “istituzionali” che caratterizzano il ragionamento giuridico ma quest’ultimo ha una dimensione morale che non può per ciò solo essere ignorata²⁰⁰. I diritti fondamentali sono l’espressione più chiara del nuovo Diritto degli Stati costituzionali perché si caratterizzano per la loro capacità di connettere il Diritto con la morale in una maniera del tutto nuova. Da una parte, infatti, essi reclamano (e ottengono) una positivizzazione; dall’altra, invece, negano a questa positivizzazione un ruolo costitutivo²⁰¹, ovvero sia possiedono una dimensione ultronea rispetto a tale positivizzazione.

Questa nuova maniera di intendere il Diritto si fonda, dunque, su di una sua profonda compromissione con una dimensione morale che si riflette soprattutto a livello costituzionale in quegli “enunciati con concetti densamente morali”²⁰² come la dignità, la

¹⁹⁹ Cfr. sul punto R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna, 2012; ID, *¿Derechos humanos sin metafísica?* in ID., *La doble naturaleza del derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2016, pp. 59 – 72 (precedentemente in «Doxa», 30/2007, pp. 237 – 248); R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 2010; ID, *Cosa sono i diritti umani?*, in «Ragion pratica», 2/2007, pp. 469 – 482; F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, cit., pp. 131 e ss.; G. Peces Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 21 ss. e pp.; A. Ruiz Miguel, *Los derechos humanos como derechos morales*, in «Anuario de Derechos Humanos», 6/1990, pp. 149 e ss. Anche autori che si dichiarano fermamente positivisti hanno insistito su di una dimensione morale innegabile dei diritti umani: si vedano sul punto le opere di L. Hierro, *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, e F. Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Editorial Trotta, Madrid, 2007. Su questo aspetto particolare del pensiero dei due autori da ultimo citati cfr. M. Atienza, *Hierro y Laporta sobre los derechos*, in «Doxa», edición especial/2017, pp. 53 – 57.

²⁰⁰ È questo il senso della critica di Atienza alla “tesi del caso speciale” di Alexy. Secondo Atienza, infatti “El razonamiento jurídico no es completamente independiente del de carácter moral; tiene – cabría decir – una autonomía relativa, en el sentido de que, aunque el razonamiento jurídico está sometido al moral, eso no quiere decir que sea – como a veces se supone – un caso *especial* del razonamiento moral; no lo es, porque las reglas de la argumentación moral (racional) no se aplican siempre (o no todas ellas) a la argumentación jurídica en sus diversos contextos” (*Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, 2013, p. 286).

²⁰¹ F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, cit., p. 132.

²⁰² M. Atienza, *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo*, cit., p. 136. Cfr. sul punto B. Celano, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in «Analisi e diritto», 2004, pp. 53 – 74, p. 53, che afferma: “Negli Stati costituzionali di diritto alla sommità dell’ordinamento giuridico si trova una costituzione scritta, rigida, garantita e lunga. Costituzioni siffatte incorporano (ovvero, rinviano a) diritti, principi e valori etici. [...] Questa incorporazione (o rinvio) va intesa nel modo seguente: l’identificazione del contenuto (la comprensione) delle

libertà e l'eguaglianza, i quali pongono un interrogativo serio, se si possa cioè predicare la verità o falsità degli enunciati morali utilizzati nel ragionamento giuridico. La necessità di sostenere un "oggettivismo morale minimo" è, come afferma Manuel Atienza, infatti:

El presupuesto de lo anterior [...]. Si no fuera así, esto es, si pensáramos que no cabe ningún tipo de objetividad en relación con el discurso que apela a valores morales, entonces lo que estaríamos haciendo es abrir un enorme hueco de arbitrariedad en la construcción de la teoría del Derecho y alentando también a una práctica jurídica (en especial la judicial) abusiva, puesto que el ejercicio de su poder sería necesariamente arbitrario, ya que no cabe control racional a propósito de los valores. Esto último es básicamente lo que piensan los autores positivistas cuando critican lo que ellos entienden por "neoconstitucionalistas"²⁰³.

Si badi bene che l'oggettività dei valori morali contenuti nel Diritto non equivale alla loro corrispondenza ad entità morali esistenti in natura. Come ricorda lo stesso Atienza, infatti, l'oggettivismo non è equipollente al realismo morale ma piuttosto alla possibilità che si produca intorno a determinati valori una discussione razionale all'interno della quale siano ben bilanciate la pretesa di correttezza che si avanza argomentando e il fallibilismo dell'argomentazione²⁰⁴. È importante, però, tener presente che accanto alla dimensione "dialogica", rispetto alla quale i valori contenuti nei diritti fondamentali fungono da ragioni utilizzabili all'interno della pratica discorsiva, si situa una dimensione "sostanziale" che precede logicamente tale pratica. Agli individui che partecipano alla

disposizioni rilevanti, e la loro applicazione a casi generici o individuali, richiedono, talvolta, il ricorso a considerazioni e argomentazioni morali sostanziali".

²⁰³M. Atienza, *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo*, cit., p. 137.

²⁰⁴Ivi, p. 138. Sul punto mi sento di concordare con M. Cristina Redondo, *Sull'incorporazione della morale nel diritto*, in P. Luque Sánchez – F. Scamardella (a cura di), *Gli argomenti del costituzionalismo*, cit., pp. 85 – 99, p. 98, quando afferma che "se le norme si concepiscono necessariamente unite ad una giustificazione soggiacente[...]l'incorporazione della morale non è più contingente, dipende da questa giustificazione e non dall'eventuale presenza di concetti morali nelle fonti".

pratica, infatti, è riconosciuto un diritto morale oggettivo alla soddisfazione di alcune necessità basiche che entrano successivamente nel gioco del dare e chiedere ragioni²⁰⁵. Queste necessità basiche si positivizzano nei diritti fondamentali che, in quanto diritti morali, necessitano di una teoria morale giustificativa non dissimile rispetto a quella delle scienze²⁰⁶: in entrambe, infatti, “vi sono esigenze di razionalità” che, oltre alla coerenza logica, si basano sulla riconoscibilità delle ragioni utilizzate da parte di tutti coloro i quali partecipano a una medesima pratica²⁰⁷.

Questa premessa teorica ha una rilevanza evidente rispetto al discorso sulla laicità che sto tentando di portare avanti. Se, infatti, si attribuisce al Diritto una caratterizzazione in termini di pratica sociale, all'interno della quale si svolgono ragionamenti giuridici con un'evidente dimensione morale, e rispetto a tale pratica si sostiene la necessità di un “oggettivismo morale minimo” nel senso appena indicato è chiaro che un principio giuridico-costituzionale, qual è appunto quello di laicità, non possa essere giustificato se non tenendo conto dei diritti fondamentali e dei valori (oggettivi) che la pratica sociale del Diritto è chiamata a proteggere e massimizzare. È opportuno, allora, chiedersi quali siano questi valori che stanno alla base del principio giuridico-costituzionale di laicità.

²⁰⁵ M. Atienza, *Objetivismo moral y Derecho*, in ID., *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pp. 193 – 219, pp. 215 – 216.

²⁰⁶ Atienza insiste su questa similitudine tra le teorie morali e scientifiche rifacendosi soprattutto all'opera di Ernesto Garzón Valdés, di cui si segnala sul punto il bel saggio *Può la ragionevolezza essere un criterio di correttezza morale?* in ID., *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofia morale e politica*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 371 – 400.

²⁰⁷ E. Garzón Valdés, *Può la ragionevolezza essere un criterio di correttezza morale?*, cit., p. 375.

3. VALORI DELLA LAICITÀ

Una teoria normativa intorno al concetto di laicità deve prendere in considerazione i valori della pratica sociale del Diritto dello Stato costituzionale. Morondo Taramundi, per sua stessa ammissione, si ispira ad un modello di laicità, molto chiaro ed efficace, elaborato da Jocelyne MacLure e Charles Taylor²⁰⁸. Il merito più grande di tale teoria è, probabilmente, quello di aver distinto, a differenza di molte altre teorie normative sulla laicità, i *valori* della laicità rispetto alle sue *modalità operative*. In particolare, la laicità si fonderebbe su due *valori*, che sono la libertà di coscienza e religione da una parte e l'eguale rispetto dall'altra, e due *modalità operative*, la neutralità dello Stato rispetto alle concezioni religiose e secolari della vita e la separazione Stato/Chiesa. Secondo i due autori, la scelta di questi valori basici, eguaglianza e libertà, è costitutiva delle democrazie liberali²⁰⁹ o, detto in altri termini, questi due valori costituirebbero ragioni ultime non negoziabili alle quali qualsiasi teoria normativa sulla laicità non può rinunciare, ovvero la “minimal political morality”²¹⁰ delle democrazie liberali. Probabilmente, però, accanto a questi due valori, e in virtù di alcune caratteristiche particolari delle credenze religiose e dei problemi pratici da queste sollevati in ambito pubblico, accanto ai due valori indicati dovrebbe esserne aggiunto un terzo, quello della tolleranza.

Il rinforzo istituzionale che hanno ottenuto i valori indicati è fornito oggi giorno dalle Costituzioni rigide; è attraverso queste ultime che il principio di laicità da semplice valore di moralità politica si è convertito in principio giuridico-costituzionale, fondato sui

²⁰⁸J. MacLure – C. Taylor, *Secularism and Freedom of Conscience*. Harvard University Press, 2011.

²⁰⁹Ivi, p. 16. Sono quelle che B. Pastore definisce “condizioni di praticabilità della laicità” (*Condizioni di laicità*, in «Ragion Pratica», 28/ giugno 2007, pp. 7 – 16.

²¹⁰Ivi, p. 21.

due valori positivizzati della libertà e dell'eguaglianza, ai quali probabilmente andrebbe aggiunto quello della tolleranza.

3.1. La libertà di coscienza e religione.

La libertà di coscienza e religione è menzionata in tutte le costituzioni e convenzioni del mondo, accompagnata spesso da accomodamenti istituzionali (l'aconfessionalità, la separazione Stato/Chiesa, la neutralità) che ne permettono una piena realizzazione. Il problema centrale che pone la libertà, al pari di qualsiasi altro principio costituzionale, è la sua natura di concetto interpretativo²¹¹. Un concetto interpretativo, come si è già visto in precedenza, costituisce il “nocciolo degli ideali politici” e attraverso di esso si decide “che cosa proteggere come diritto umano e costituzionale”²¹². Rispetto al concetto interpretativo della libertà di coscienza e religione si tratta, dunque, di avanzare una teoria normativa che sia in grado di giustificare la sua protezione nel contesto dello Stato costituzionale di diritto, partendo dal presupposto che in tale Stato il Diritto, oltre che come insieme di norme, deve essere inteso quale pratica sociale.

Come sottolineato nel secondo capitolo, i nascenti Stati moderni adottarono generalmente due strategie fondamentali per rispondere alla crescente conflittualità religiosa che caratterizzava l'Europa tra 1500 e 1600: da una parte la strategia della tolleranza, dall'altra quella dei diritti. Una logica meramente pacificatrice non sembra più utilizzabile o, quantomeno, non lo è isolatamente rispetto ad altre ragioni poste a sostegno giustificativo della libertà di coscienza e religione. Riconosciuta, come detto, da tutte le

²¹¹ R. Dworkin, *Giustizia per i ricchi*, cit., p. 415. “[...]dobbiamo trattare la libertà come un concetto interpretativo e trattare il nostro disaccordo sulla libertà come genuino”.

²¹²R. Dworkin, *Religione senza Dio*, il Mulino, Bologna, 2014, p. 91.

costituzioni contemporanee, essa necessita di un supporto più forte che vada al di là di “argomentazioni di tipo politico sul bisogno di pace”²¹³.

3.1.1. Libertà negativa e libertà positiva

Per offrire una base giustificativa della libertà religiosa adatta al mutato contesto dello Stato costituzionale di diritto deve guardarsi, innanzitutto, al più generale diritto di libertà. Lo si può fare prendendo le mosse dalla distinzione resa famosa da Isaiah Berlin tra la libertà negativa e la libertà positiva. Per libertà negativa s'intende un'immunità dall'interferenza esterna, mentre la libertà positiva consiste nella capacità del soggetto di autogovernarsi nelle scelte che caratterizzano la propria esistenza²¹⁴. Mentre la libertà negativa è tale in virtù dell'assenza di qualche cosa, un impedimento o una costrizione esterna, la libertà positiva indica, al contrario, la presenza di qualche cosa “cioè di un attributo specifico del [...] volere, che è appunto la capacità di muoversi verso uno scopo senza essere mosso”²¹⁵. Se si guarda poi alla teoria politica, queste due forme di libertà possono essere distinte in base al soggetto che ne è portatore: la libertà negativa è la libertà dell'individuo mentre la libertà positiva è solitamente riferita ad un ente collettivo²¹⁶ e corrisponde alla capacità di autogoverno di quest'ultimo. Ciononostante,

²¹³Ivi, p. 93.

²¹⁴I. Berlin, *Two Concepts of Liberty* (1958), in ID., *Liberty*, Oxford University Press, 2002, pp. 166 – 217, p. 169. La distinzione era già presente in N. Bobbio, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri* (1954), ora in ID., *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 217 – 247. Cfr. anche N. Bobbio, *Libertà* (1979), ora in ID., *Eguaglianza e libertà*, Torino, Einaudi, 1995, pp. 45 – 50. In quest'ultimo scritto Bobbio definisce la libertà negativa come “libertà come assenza d'impedimento o di costrizione” e la libertà positiva come “la situazione in cui un soggetto ha la possibilità di orientare il proprio volere verso uno scopo, di prendere delle decisioni, senza essere determinato dal volere altrui. Questa forma di libertà di chiama anche ‘autodeterminazione’ o ‘autonomia’ ”. Lo stesso Bobbio ricorda come la concettualizzazione della libertà positiva si deve, in realtà, a Rousseau e Kant ed, in particolare, alla loro insistenza sulla capacità di autogoverno dell'uomo che accetta di sottoporsi solamente a quelle leggi che egli stesso si è dato.

²¹⁵N. Bobbio, *Libertà*, cit., p. 48.

²¹⁶Ivi, pp. 54 – 55.

come la libertà negativa può in alcuni casi attribuirsi agli enti collettivi (si pensi all'esempio di Bobbio delle guerre di liberazione nazionale), anche la libertà positiva può essere attribuita all'individuo: tale attribuzione, anzi, solleva problemi morali e giuridici molto rilevanti²¹⁷, relazionati all'autonomia. L'individuo "autonomo" nel senso di "titolare di una libertà positiva" è, infatti, quell'individuo che ha un potere di produzione o partecipazione alla produzione normativa che disciplina anche (e soprattutto) il suo comportamento²¹⁸. Come segnalato giustamente da Liborio Hierro, però, il valore dell'autonomia che soggiace alla libertà positiva è il medesimo su cui si fonda anche la libertà negativa. Pur essendo la libertà negativa e la libertà positiva due posizioni normative distinte, infatti, riposano entrambe sull'esercizio dell'autonomia individuale; ciò che cambia è il contesto all'interno del quale tale posizione normativa dispiega i propri effetti. La libertà positiva, a differenza di quella negativa, si esercita in "condizioni di interdipendenza"²¹⁹. La dimensione relazionale è più marcata in riferimento a tale posizione normativa e, forse, non è sbagliato affermare che tale libertà è una libertà maggiormente vincolata rispetto a quella negativa. Se attraverso l'esercizio della libertà positiva si può incidere sulla libertà negativa o positiva degli altri è chiaro che tale esercizio richieda un controllo maggiore e debba limitarsi solamente alle decisioni interdipendenti, tra le quali non rientrano evidentemente quelle relative alle credenze religiose degli individui²²⁰.

²¹⁷ Ivi, p. 56.

²¹⁸ E. Diciotti, *Limiti ragionevoli delle libertà: un quadro concettuale*, in «Ragion pratica», 1/2003, pp. 111 – 148, p. 120.

²¹⁹ L. Hierro, *Los derechos humanos*, cit., pp. 163 - 164.

²²⁰ Ivi, p. 164. Più precisamente Hierro afferma che "Si distinguimos entre las preferencias internas y las preferencias externas – siendo las primeras las que cada uno tiene sobre sus propios deseos, intereses y valores, y las segundas, las externas, las que tiene sobre los deseos, intereses y valores de los demás – hemos de asumir que, bajo el punto de vista de la libertad, las preferencias externas de una persona o de un grupo de personas, por cuantitativamente grande que sea, no son una razón suficiente para restringir la libertad de algunos o de todos los demás." e su queste basi che "No es posible justificar en las preferencias de una mayoría la limitación de la libertad de creencias religiosas de una minoría".

La libertà, che venga analizzata nella sua dimensione negativa o positiva, permette ad ogni individuo di raggiungere i fini morali che egli si propone, i quali sono a loro volta espressione della dignità che caratterizza ogni essere umano come fine in sé²²¹. La libertà ha una genesi morale nel concetto di dignità e si realizza attraverso i diritti fondamentali dell'ordinamento giuridico. La distinzione delle due posizioni normative della libertà negativa e della libertà positiva, è bene ripeterlo, va nella direzione di differenziare i contesti in cui esse vengono esercitate, al fine di comprendere quali siano le limitazioni che possono subire. Appartenendo ad una pratica sociale, le libertà, in quanto diritti fondamentali, e dunque morali, entrano in quello che più sopra si è definito come gioco del dare e chiedere ragioni. Le libertà positive sono maggiormente coinvolte in questo gioco poiché, come detto, loro principale caratteristica è quella di esercitarsi in condizioni di interdipendenza. È soprattutto con riferimento a queste, dunque, che si genera quell'esigenza di presentare agli altri partecipanti alla pratica ragioni generalizzabili, ossia dotate dei caratteri della ragionevolezza e della desiderabilità collettiva²²².

3.1.2. La libertà di coscienza e religione come *species* della libertà personale.

Tracciata brevemente la distinzione tra libertà negativa e libertà positiva, ci si chiederà in quale delle due categorie debba essere ubicata la libertà di coscienza e religione. Tale domanda non può, a mio modo di vedere, trovare risposta senza risolvere una questione preliminare e di fondamentale importanza: qual è il valore protetto dalla libertà di coscienza e religione?

²²¹ G. Peces Barba, *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 215.

²²² Ivi, p. 216.

Si è visto come, sia nella sua dimensione negativa che in quella positiva, la libertà sia posta a salvaguardia dell'autonomia individuale. Per rispondere alla domanda su quale sia il valore protetto dalla libertà di coscienza e religione, dunque, ci si dovrà mettere alla ricerca di una particolare declinazione del valore dell'autonomia ovvero di

un qualche interesse particolarmente importante che hanno le persone, un interesse così importante che merita una protezione speciale contro gli attacchi da parte dello stato o di altro genere. La domanda da porsi ora è: possiamo identificare un qualche interesse speciale che le persone hanno perché credono in un dio, e che non avrebbero se, come Einstein e milioni di altri, abbracciassero invece una religione senza dio?²²³

È chiaro che la libertà e la libertà di coscienza e religione si pongono in un rapporto di genere a specie, il che significa anche che il valore protetto dalla seconda subirà delle specificazioni se declinato rispetto alla prima²²⁴.

Per dar conto della propria concezione della libertà di coscienza e religione, Dworkin pone a confronto due modelli ideali di società.

La prima società è religiosa e tollerante ed afferma che la libertà religiosa è un diritto *sui generis*, ovvero un “diritto che riflette l'importanza speciale della religione”²²⁵. La conseguenza di tale concezione della libertà religiosa consisterebbe nel considerare tale libertà solo ed unicamente come una libertà di venerare un essere soprannaturale o di rifiutare l'esistenza o la rilevanza dello stesso, attribuendo una rilevanza giuridica

²²³R. Dworkin, *Religione senza Dio*, cit., p. 93.

²²⁴ Sui rapporti tra “diritti di libertà” e libertà di coscienza e religione si veda v. P. Consorti, *Diritto e religione*, Laterza, Roma – Bari, 2014, pp. 47 – 83.

²²⁵R. Dworkin, *Religione e dignità*, in ID., *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Feltrinelli, Milano, 2007, pp. 64 -96, p. 71.

qualitativamente particolare alla religione. In sostanza, una società siffatta negherebbe un fondamento più profondo alla libertà di religione, limitando la protezione fornita dalle norme che regolano tale libertà alle religioni “istituite” o che, più in generale, fanno capo ad un essere soprannaturale.

Il secondo tipo di società è laico e tollerante, affianca cioè ad una strategia della tolleranza una componente laica. Questo tipo di società, a differenza della prima, non attribuisce alcun valore particolare alla religione, riconoscendo che mentre molti dei suoi membri conferiscono somma rilevanza alla religiosità, altri attribuiscono pari rilevanza ad altre scelte “che riflettono idee diverse sul tipo di vita che è giusto vivere”²²⁶. In una società del genere il conferimento di una protezione maggiore ai soggetti religiosi rispetto a quelli atei od agnostici, ad esempio, sarebbe da questi ultimi percepito come una discriminazione. Per questo motivo:

Una comunità laica tollerante deve [...] trovare la giustificazione della libertà religiosa in un più fondamentale principio di libertà da cui scaturisca una concezione più ampia delle sfere di valore in seno alle quali le persone devono essere lasciate libere di fare le proprie scelte. Questo significa che deve trattare la libertà di religione come un aspetto di un diritto più generale alla libertà non semplicemente religiosa, ma etica²²⁷.

Le strategie indicate da Dworkin nella ricostruzione normativa della libertà di coscienza e religione sembrano essere due: la prima attribuisce un valore particolare alla religione mentre la seconda si sofferma semplicemente sulla libertà col precipitato valoriale che la connota, ovvero la protezione dell'autonomia individuale. Tra le due

²²⁶Ivi, p. 72.

²²⁷Ibidem.

strategie Dworkin privilegia sicuramente la seconda, ritenendo che la protezione costituzionale della libertà di coscienza e religione debba avere come fondamento giustificativo non la particolare rilevanza attribuita alla credenza religiosa in sé ma quella conferita al principio più generale della libertà personale. Chiaramente questa posizione va in controtendenza rispetto alla visione ortodossa che, basandosi soprattutto sull'esplicito richiamo nei testi costituzionali della parola "religione", ritiene che tale libertà possa vantare una posizione speciale all'interno del Diritto²²⁸. Ma per comprendere questa posizione ortodossa e quella, *sui generis*, di Dworkin è d'obbligo chiedersi se vi sia una differenza qualitativa tra la libertà di coscienza e la libertà di religione, se cioè la credenza religiosa sia qualitativamente differente in termini di protezione giuridica rispetto ad altri tipi di credenza; o, al contrario, se sia la credenza religiosa che altri tipi di credenza "profonda" ottengano protezione dalla salvaguardia di un medesimo valore. Tale questione, essendo la libertà di coscienza e religione un concetto interpretativo, non può essere risolta su di un piano meramente criteriale, facendo esclusivo riferimento alle dichiarazioni contenute nei testi costituzionali; la risposta al quesito deve essere una risposta di tipo morale²²⁹ che si basa sui valori che caratterizzano la pratica del Diritto nello Stato costituzionale²³⁰.

3.1.3. Vi è differenza tra libertà di coscienza e libertà religiosa?

²²⁸ Cfr. sul punto G. Letsas, *The Irrelevance of Religion to Law*, in C. Laborde – A. Bardón, *Religion in Liberal Political Philosophy*, Oxford University Press, 2017, pp. 44 – 54.

²²⁹ Ivi, p. 45.

²³⁰ Ivi, p. 47. Afferma giustamente Letsas che "Whether 'religion' in human rights means *religion* depends on what the moral objective is, underlying the protection of human rights. Values individuate legal concepts, not the other way around".

Le disposizioni costituzionali che tutelano la libertà di coscienza e religione contengono sempre il riferimento al concetto di religione. Come afferma Dworkin “ai fini di queste disposizioni, che cosa conti come religione fa una notevole differenza pratica”²³¹. Se il termine “religione” fosse di per sé idoneo a fungere da *discrimen* tra la libertà di coscienza e la libertà religiosa effettivamente potrebbe tracciarsi una distinzione *qualitativa* tra le due libertà. Ciò implicherebbe l'accettazione di una differenza qualitativa tra la credenza “religiosa” e le altre credenze etico-morali che le persone possono nutrire, il che, a sua volta, vorrebbe dire che la libertà religiosa, in ragione del suo oggetto, meriterebbe una protezione speciale a livello costituzionale rispetto ad altri tipi di libertà. Bisogna, allora, partire da una definizione criteriale “minima” di religione per verificare se essa di per sé fornisca una base per addivenire ad una differenziazione qualitativa tra la libertà di coscienza e la libertà religiosa che sia giustificata anche a livello interpretativo, cioè in ragione dei valori che connotano la pratica sociale del Diritto nello Stato costituzionale.

Una definizione “criteriale” di religione che mi ha convinto abbastanza è quella offerta da Giorgio Pino in un breve saggio apparso piuttosto di recente. Mi si perdoni la lunghezza, forse eccessiva, della citazione che però è, a mio avviso, d’ausilio per i passaggi successivi del paragrafo. Secondo Pino:

- a) le religioni sono *visioni del mondo pervasive*, che solitamente includono una cosmogonia, un insieme di principi morali, regole di condotta, e così via; [...];
- b) le religioni hanno *testi sacri*[...];
- c) le religioni sono solitamente dotate di una *struttura burocratico-istituzionale*[...];

²³¹ R. Dworkin, *Religione senza Dio*, cit., p. 90.

d) ciascuna religione di solito rappresenta sé stessa, ed è percepita dai suoi seguaci, come l'*unica vera religione*. Quantomeno alcuni soggetti religiosi, quantomeno in alcune occasioni, sostengono letteralmente di *proclamare la Verità*;

e) le credenze religiose e i comportamenti dettati o ispirati da precetti religiosi sono solitamente considerati come *immuni da critiche*. [...];

f) l'appartenenza religiosa ha una importante componente *costitutiva*, è fondata più sul rispetto di norme costitutive che di regole prescrittive di condotta²³².

Queste sei caratteristiche delle religioni conducono, spesso, al seguente risultato: i soggetti religiosi percepiscono i propri valori etico-morali come meno (o affatto) negoziabili con un assorbimento (quasi) totale da parte della componente religiosa dell'identità rispetto ad altre componenti dell'identità personale. In effetti, se si attribuiscono questi sei caratteri alla religione e si ritiene che il valore posto a fondamento della libertà religiosa sia quello della protezione della religione così intesa, ne derivano conseguenze contraddittorie in termini di compatibilità con altri principi e valori dello Stato costituzionale di Diritto. Si convertirebbe, ad esempio, la *pervasività* delle visioni religiose con una prevalenza dei principi etico-morali da questa dettati rispetto ad altri principi e valori derivanti da differenti sistemi normativi (ad esempio, giuridici). Potrebbe poi capitare che i testi sacri vengano intesi come codici normativi superiori a quelli elaborati dal Diritto o, ancora, potrebbero giustificarsi atteggiamenti di aperta ostilità nei confronti di altre religioni in ragione del fatto che ciascuna religione intenda sé stessa come l'*unica vera religione*.

Il problema delle religioni, proprio in virtù di queste loro caratteristiche intrinseche, è che esse pongono a livello sociale e di convivenza civile alcuni problemi

²³² G. Pino, *Sulla rilevanza giuridica e costituzionale dell'identità religiosa*, in «Ragion Pratica», 45/dicembre 2015, pp. 369 – 383, pp. 373 – 374.

pratici cui il Diritto è chiamato ad offrire una risposta. Da ciò, tuttavia, s'inferisce molto spesso, e a mio modo di vedere in maniera errata, che la credenza religiosa meriti per ciò solo una protezione speciale a livello costituzionale. Questo capita perché a partire da una definizione "criteriale" del termine religione, presente in quasi tutte le costituzioni del mondo, si giunge a conclusioni interpretative che colpevolmente trascurano gli altri valori della pratica interpretativa in cui il concetto di religione è utilizzato. L'uso criteriale e l'uso interpretativo del concetto di religione non vanno perciò confusi. Il mero uso criteriale del concetto di religione ne limita la rilevanza pratica e la ricerca di criteri comuni per definire la religione non fornisce alcuna risposta utile al quesito su come debba interpretarsi il concetto di religione al fine di giustificare l'assunto che la libertà religiosa è un importante diritto fondamentale²³³. Farò un esempio per rendere, si spera, più chiaro il ragionamento che sto tentando di portare avanti.

Si ponga il caso di un musulmano che ritiene la religione islamica esente da ogni tipo di critica, accettando a livello criteriale l'indicata caratteristica *e)* delle religioni. Si ipotizzi poi che un giornale pubblichi alcune caricature di Maometto. L'accettazione del criterio *e)* è di per sé idonea a proibire in qualche maniera la pubblicazione di tali caricature? La risposta non può essere fornita soffermandosi sull'uso criteriale del concetto di religione. Tale concetto, infatti, è obbligato dall'istituzionalizzazione giuridica che ha subito a fare i conti con i principi e i valori che connotano la pratica interpretativa del Diritto. Tra questi valori e principi ci saranno sicuramente la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di stampa che pretenderanno come il principio della libertà religiosa di entrare nel processo di dare e chiedere ragioni finalizzato alla giustificazione

²³³ R. Dworkin, *Religione senza Dio*, cit., p. 91.

normativa della pratica nel suo complesso. Si procederà cioè ad un bilanciamento²³⁴ tra i principi ricercando la soluzione corretta per il caso concreto ma, ad ogni modo, non saranno una o più caratteristiche della religione a fungere da criterio risolutivo di un problema che la stessa religione ha posto.

Quanto detto finora dimostra come, in effetti, vi siano dei caratteri particolari della religione rispetto ad altri tipi di credenza (ateismo, agnosticismo, pacifismo, vegetarianismo) idonee a fare della prima una credenza *sui generis* che crea problemi pratici molto rilevanti a livello sociale. Le religioni, infatti, non si sono mai limitate a chiedere il rispetto della libertà di coscienza ma hanno quasi sempre preteso di “regolare” e “addirittura di consacrare, i momenti cruciali della vita umana: nascita, matrimonio, morte”²³⁵. Ma la domanda è: può questa pretesa delle religioni giustificare una loro protezione speciale a livello costituzionale?

La libertà religiosa è un principio giuridico-costituzionale e come tutti i principi deve essere bilanciato con altri principi. Non può, per il semplice fatto di possedere caratteristiche particolari rispetto ad altri tipi di credenza, pretendere un trattamento speciale a livello di protezione costituzionale. Come sottolinea giustamente Mauro Barberis

Personalmente mi riconosco, come altri laici, negli stessi principi cari ai credenti, e sia pure per ragioni sideralmente diverse dalle loro; per me, se posso dirlo, la vita è ancora più sacra che per un credente, non avendone una di ricambio. Ma sacralità e indisponibilità della vita sono solo principi; per applicarli, occorre specificarli in regole: ciò che richiede di ponderarli con principi dello stesso livello.

²³⁴ Sul concetto di bilanciamento si tornerà ampiamente nel capitolo successivo.

²³⁵ M. Barberis, *Libertà religiosa*, in «Ragion pratica», 1/2013, pp. 175 – 190, p. 178.

Ponderare, a sua volta, non significa sacrificare un principio all'altro, bensì contemperarli: anche quando, se non soprattutto quando, qualcuno pretenda per loro lo status di valori non negoziabili²³⁶.

Il soggetto “credente” o “religioso” che dir si voglia deve comprendere che le caratteristiche peculiari della sua credenza, che pur esistono e sono innegabili, non giustificano a livello di protezione costituzionale un trattamento privilegiato. La libertà religiosa non è un diritto speciale rispetto alla libertà di coscienza e non lo è in quanto il valore protetto da entrambe è il medesimo: l'autonomia individuale nelle scelte etico-morali della propria vita o, per dirla con Dworkin, l' “indipendenza etica”. Al massimo, come sosterrò più avanti, ci si potrà chiedere se, proprio in virtù di alcune delle caratteristiche peculiari delle religioni indicate, non sia il caso di riconsiderare il ruolo del valore della tolleranza nei confronti di tali credenza all'interno dello Stato costituzionale di diritto.

3.1.4. Autonomia individuale ed indipendenza etica come fondamento giustificativo della libertà di coscienza e religione.

Secondo Ronald Dworkin la libertà è “il complesso dei diritti che un governo deve stabilire e far applicare per tutelare la responsabilità etica di ciascuno”²³⁷; una società tollerante e laica protegge la libertà religiosa del cittadino non in ragione del contenuto delle sue credenze ma in virtù del fatto che ogni soggetto è libero di (e, cioè, ha la

²³⁶ Ivi, p. 184.

²³⁷R. Dworkin, *Religione e dignità*, cit., p. 77.

responsabilità etica di) costruirsi una vita buona e autentica²³⁸. Tale possibilità è negata ogniqualvolta il Governo, senza giustificazioni ragionevoli, arresti questo processo, imponendo una determinata concezione della vita buona. Ovviamente, ciò non vuol dire che gli individui siano totalmente liberi di portare avanti i propri progetti di vita; ogni progetto di vita dovrà essere coltivato tenendo presente che tutti gli altri progetti di vita che si sviluppano nella comunità politica di riferimento hanno pari dignità e uguale diritto ad essere protetti²³⁹. La sottoscrizione di questo principio di responsabilità da parte di tutti coloro che appartengono ad una medesima comunità politica consente il libero sviluppo della personalità di ognuno in un contesto di libertà per tutti, che potrà essere limitata solo ed unicamente in virtù di giudizi di valore impersonali. I valori religiosi e quelli etici, collocandosi nella dimensione della scelta individuale, non potranno essere utilizzati come ragioni per limitare la libertà (anche religiosa) di un individuo, cosa che invece potrà avvenire sulla base di giudizi di valore impersonali (ed oggettivi)²⁴⁰. Cercherò di chiarire con un esempio quella che è la tesi di Dworkin sul punto.

Se un governo vietasse il porto dell' *hijab* adducendo come giustificazione la non compatibilità di quest'ultimo con la visione religiosa dominante, poniamo quella cattolica, utilizzerebbe a sostegno della propria azione (pubblica) un giudizio di valore personale cioè affermerebbe implicitamente che una determinata visione della vita (quella cattolica) è migliore rispetto ad altre visioni della vita (quella islamica). Ciò violerebbe la libertà

²³⁸Una profonda revisione dei rapporti tra etica e morale, alla quale mi sento di aderire, è operata da R. Dworkin, *Giustizia per i rivi*, cit., testo all'interno del quale D. sostiene: "Un giudizio etico afferma che cosa le persone dovrebbero fare per vivere bene: che cosa dovrebbero cercare di essere e di realizzare nelle loro vite. Un giudizio morale avanza una tesi riguardo a come le persone devono trattare le altre persone." Il progetto di Dworkin è quello, molto ambizioso, di fondere le istanze, etiche e morali, ricercando una teoria che indichi cosa significa "vivere bene" in un progetto che ha alla base la convinzione dell'olismo del valore.

²³⁹In questo modo, Dworkin concilia il *rispetto di sé* e il *rispetto dell'altro* in un'operazione che ha il merito di esaltare sia la dimensione individuale dell'essere che quella sociale, imponendo a ciascun soggetto di avere rispetto per sé stesso ma anche rispetto per l'altro, guardato nella sua dimensione "autentica", ovvero di scelta autonoma dei valori atti a connotare la sua esistenza.

²⁴⁰R. Dworkin, *Religione e dignità*, cit., p. 81.

religiosa di quegli individui che sostengono una visione della vita individuale diversa rispetto a quella privilegiata dal governo. Se, invece, il governo vietasse il porto del *burqa* fondando la propria decisione su motivi di sicurezza pubblica, utilizzerebbe a sostegno della propria azione (pubblica) un giudizio di valore impersonale, che si rifà cioè al valore intrinseco di un bene (la sicurezza pubblica) posto a tutela della generalità dei consociati.

Secondo Dworkin

Questa distinzione fra giudizi di valore personali e impersonali è essenziale per la difesa della libertà. Dobbiamo distinguere fra leggi che violano la dignità violando la responsabilità individuale nella scelta dei propri valori etici, e le leggi che esercitano un'indispensabile responsabilità collettiva per identificare e tutelare dei valori non etici²⁴¹.

È ovvio, allora, che la libertà religiosa, e qui si torna al problema affrontato nel sottoparagrafo precedente, presenti un problema "ontologico". La protezione dell'individuo dalle intromissioni governative nelle sue scelte in materia religiosa non può trovare giustificazione nel particolare valore attribuito alla religione in quanto teismo, cosa che vorrebbe dire il ricorso a giudizi di valore di tipo personale, ma essa dovrebbe essere giustificata da un più generale diritto all'indipendenza etica²⁴². Più precisamente, le intromissioni legislative nelle scelte di tipo etico (si è detto come Dworkin utilizzi in maniera peculiare i termini "etica" e "morale") costituiscono una violazione della dignità della persona nelle sue specificazioni progressive dell'autonomia individuale e dell'indipendenza etica. Non esistono, secondo Dworkin, ragioni sufficienti a ritenere la

²⁴¹Ibidem.

²⁴²R. Dworkin, *Religione senza Dio*, cit., p. 107. Cfr. sul punto A. Ruiz Miguel, *Laicidad y Constitución*, Colección de Cuadernos "Jorge Carpizo", Para entender y pensar la laicidad, Núm. 8, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013, p. 48.

libertà religiosa un diritto speciale rispetto a quello più generale dell'indipendenza etica che si “concentra sulla relazione fra il governo e i cittadini” limitando le ragioni che il primo può offrire per imporre vincoli alla libertà dei secondi²⁴³.

L'indipendenza etica è la declinazione, appunto, nell'ambito etico dell'autonomia individuale, la quale si esercita a partire dal riconoscimento della dignità dei singoli esseri umani affinché “possano coltivare il rispetto e l'amore della propria unicità”²⁴⁴. È questo valore a costituire la base giustificativa della libertà di coscienza e religione. Per dar conto di come si articola l'indipendenza etica rispetto alla libertà di coscienza e religione è, dunque, opportuno fare chiarezza sui passaggi che conducono da *quel* “valore”, l'indipendenza etica, a *quel* “principio”, la libertà di coscienza e religione.

Il discorso dovrebbe articolarsi a partire dal valore della dignità che, come noto, ha dato luogo a dibattiti filosofici e giuridici pressoché infiniti. Mi pare opportuno, allora, dar conto di quella declinazione valoriale della dignità che meglio si presta alla mia trattazione: l'autonomia. Non credo, infatti, vi siano particolari dubbi circa il fatto che l'autonomia costituisca una componente essenziale della dignità umana²⁴⁵.

Se si guarda, in generale, ai diritti riconosciuti nelle democrazie liberali potrà notarsi come essi si fondino, quasi sempre, nella “libertà di fare certe cose”²⁴⁶. Da ciò può derivarsi che determinate azioni, specialmente quelle che non causano danni a terzi, siano

²⁴³Ivi, p. 108.

²⁴⁴ F. Ciaramelli, *Dignità e unicità*, in A. Abignente - F. Scamardella (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 103 – 115.

²⁴⁵ M. Rosen, *Dignità. Storia e significato*, Codice edizioni, Torino, 2013 quando, riferendosi specificamente alla dignità kantiana, afferma a p. 28 che “c'è un aspetto della dignità kantiana che ha un sapore assai moderno: la sua relazione con l'autonomia”. Sul rapporto tra dignità e autonomia si vedano soprattutto: R. Dworkin, *Giustizia per i ricchi*, cit., pp. 221 e ss; J. Waldron, *Dignity, Rank and Rights*, in «The Tanner Lectures on Human Values», Oxford University Press, 2012; C.S. Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 199 e ss; J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 369 e ss.

²⁴⁶ C.S. Nino, *Ética y derechos humanos*, cit., p. 201. Cfr. Sul punto le considerazioni già svolte nel paragrafo 3.1.1.

libere da “interferenze esterne”²⁴⁷. Risalendo la china dell’universo di valori che potrebbero giustificare la libertà dall’interferenza esterna nel compiere (o non compiere) certe azioni di per sé inidonee a causare danni a terzi si giunge facilmente al valore dell’autonomia che Carlos Santiago Nino ebbe a definire efficacemente in tali termini:

“siendo valiosa la libre elección de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado no puede (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interreferencia mutua en el curso de tal persecución”²⁴⁸.

Nino ricollega l’autonomia individuale non solo al perseguimento individuale di *piani di vita* ma anche e soprattutto alla soddisfazione degli *ideali di eccellenza umana* che ognuno sostiene proprio in virtù del piano di vita prescelto. Una teoria che voglia dirsi genuinamente liberale non può, secondo il filosofo del diritto argentino, rinunciare al valore dell’autonomia come possibilità offerta agli individui di realizzare e rendere effettivi i propri progetti di vita. L’autonomia è, quindi, un valore *oggettivo* di ogni teoria normativa di stampo liberale nel senso che intorno a tale valore “los liberales no son de ningún modo escépticos”²⁴⁹. Da ciò chiaramente non può e non deve inferirsi alcuna possibilità

²⁴⁷ Ibidem.

²⁴⁸ Ivi, pp. 204 – 205.

²⁴⁹ Ivi, p. 209. Cfr. sul punto M. Atienza, *Objetivismo moral y Derecho*, cit., p. 195 secondo il quale: “quien reivindica vivir en un Estado laico (o cualquier otro derecho fundamental) lo hace (por lo menos, en general) no simplemente porque él, o el grupo del que forma parte, tenga ese tipo de preferencia, sino porque considera que eso que eso es lo correcto. Y no piensa que se trata simplemente de una elección suya que, en último término, no puede justificar. Mejor dicho, hay cuestiones sobre cómo debe uno vivir (o sobre lo que significa exactamente vivir en un Estado laico) que tienen que ver con nuestras preferencias y elecciones personales (podríamos optar por uno u otro tipo de vida; quizás por una u otra interpretación de «Estado laico»). Pero otras que no: *el que debemos respetar la autonomía de los individuos* o procurar que puedan satisfacer sus necesidades básicas de alimentación, habitación, salud, etc., *no es algo*

di interferenza dello Stato nella scelta del proprio piano di vita da parte dell'individuo: tale scelta resta competenza e, giurificandosi, diritto di ogni soggetto autonomo, esercitabile anche contro lo stesso Stato²⁵⁰. Il piano di vita, chiaramente, può riguardare, proprio perché relativo alla vita nel suo complesso, molteplici aspetti dell'esistenza. Dunque, per quanto attiene all'aspetto esistenziale relativo alla coscienza e alla religione l'autonomia di scelta del piano di vita è declinata nel senso di un'*indipendenza nelle scelte etiche*, sulle quali lo Stato non può interferire altrimenti cadendo nel paradosso dell'attribuzione di un diritto che allo stesso tempo scoraggia²⁵¹. Riepilogando brevemente: la libertà dall'interferenza esterna nel compiere (o non compiere) certe azioni di per sé inidonee a causare danni a terzi si giustifica a livello assiologico con il valore dell'autonomia; se le "azioni" hanno a che vedere con la coscienza individuale e la credenza religiosa il valore dell'autonomia subisce una specificazione: dall'autonomia si giunge all'*indipendenza nelle scelte etiche*.

Resta da affrontare un ultimo problema, già parzialmente trattato in apertura di questo paragrafo, ovvero quello relativo alle limitazioni che l'*indipendenza nelle scelte etiche* può subire. Tale *indipendenza*, come accennato pocanzi,

significa che il governo non deve mai restringere la libertà perché assume che un certo modo in cui le persone vivono la loro vita – una certa idea su quali vite siano più degne di essere vissute in quanto tali – sia intrinsecamente migliore di un altro, non perché le sue conseguenze siano migliori, ma perché le persone che vivono in quel modo sono persone migliori. In uno stato che dà valore alla libertà, si deve

que podamos o no preferir, no depende de nuestras elecciones. Si eligiéramos otra cosa, simplemente estaríamos haciendo (eligiendo) lo incorrecto."

²⁵⁰ Famosa sul punto la definizione di Dworkin dei "diritti come briscole" o "carte vincenti" contro lo Stato.

²⁵¹ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 273.

lasciare che i singoli cittadini, uno per uno, decidano tali questioni per se stessi; non può dipendere dal governo che venga imposta una visione a tutti quanti²⁵²

Tuttavia, affinché l'indipendenza etica non assuma le sembianze di una "libertà fuori controllo"²⁵³, non è preclusa al governo una limitazione di quelle scelte etiche che siano potenzialmente dannose per i consociati o che pongano in pericolo un bene cui si attribuisce un intrinseco valore oggettivo. Sembra giusta, allora, la tesi di Dworkin secondo la quale "l'indipendenza etica [...]impedisce al governo di restringere la libertà solo per certe ragioni e non per altre"²⁵⁴. Sganciando la libertà di coscienza e religione dalla componente teistica si apre per il soggetto un ventaglio di scelte etiche molto ampio, mentre per il governo si riducono fortemente le ragioni cui poter far ricorso per restringere quella libertà. Ma per comprendere quante e quali siano queste ragioni e, di conseguenza, quando uno Stato costituzionale stia davvero rispettando il principio della laicità, occorre soffermarsi sugli altri due valori che giustificano una teoria normativa della laicità: l'eguale considerazione e rispetto, da una parte, e la tolleranza, dall'altra.

3.2. L'eguale considerazione e rispetto

Il principio giuridico-costituzionale della laicità non si fonda solamente sulla garanzia della libertà di coscienza e religione ma anche sull'eguale considerazione e rispetto delle credenze di ogni individuo. Lo Stato, in sostanza, deve essere in grado di giustificare le proprie decisioni a tutti, evitando di favorire una particolare concezione

²⁵² R. Dworkin, *Religione senza Dio*, cit., pp. 105 – 106.

²⁵³ Ivi, pp. 97 e ss.

²⁵⁴ Ivi, p. 106.

della vita. Per lo Stato tutte le concezioni della vita devono avere lo stesso valore o, meglio, i progetti di vita dei cittadini che non configgono con l'oggettivismo morale minimo dello Stato costituzionale, che abbiamo visto ricomprendere anche l'autonomia individuale in quella sua particolare declinazione che è l'indipendenza nelle scelte etiche, non possono essere sviliti o in qualche modo disincentivati dalle politiche statali. L'eguale considerazione e rispetto di tutte le concezioni della vita (religiose o meno) è coesenziale insomma al libero sviluppo del progetto di vita individuale.

Nelle parole di Martha Nussbaum

La libertà di coscienza non può essere eguale per tutti se il governo riconosce un'ortodossia religiosa, stabilendo che quella, e non un'altra, è la prospettiva religiosa che ci definisce in quanto nazione. Anche se questa ortodossia non è imposta coercitivamente, si tratta di un riconoscimento che identifica due gruppi separati: chi sta dentro e chi sta fuori. Essa afferma che non tutti entrano nello spazio pubblico su una base di eguaglianza, e che una certa religione è la vera religione della nazione mentre le altre non lo sono²⁵⁵.

La legittimità dell'azione governativa in materia religiosa non si risolve, dunque, *sic et simpliciter* nella garanzia della libertà di coscienza e religione. Essa dipende anche, e forse in misura ancora maggiore, dall'eguale considerazione e rispetto mostrata nei confronti di tutti coloro che sono governati o, detto in altri termini, la libertà garantita deve essere una "libertà eguale". Un'etica che voglia dirsi veramente liberale e democratica, infatti, non potrà prescindere dall'abbinare questi due valori (libertà ed eguaglianza) svuotando altrimenti di significato le libertà eguali e l'eguale peso che i cittadini hanno nel processo

²⁵⁵M. Nussbaum, *Libertà di coscienza e religione*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 15.

democratico²⁵⁶. Eguale considerazione e rispetto, ovvero considerare allo stesso modo le concezioni della vita buona dei cittadini e rispettarle riscoprendo in ciascuna di esse la filigrana del valore intrinseco della scelta autonoma. È questo il rispetto che il governo deve ai propri cittadini nello Stato costituzionale, un “rispetto-*status*, attribuito a ogni persona semplicemente in virtù del['] avere lo *status* morale di persona”²⁵⁷. In questo senso lo *status* morale di persona non può essere inficiato dall’adesione ad una particolare credenza religiosa, purché la stessa avvenga in maniera autonoma: l’adesione ad una credenza, derivante dall’esercizio dell’autonomia individuale declinata nei termini dell’indipendenza etica, deve essere rispettata in virtù di quell’autonomia e non in virtù del contenuto della credenza. Né l’adesione ad una determinata religione può determinare una situazione di svantaggio per l’individuo, altrimenti violandosi l’eguale considerazione che si ha dello stesso in quanto persona autonoma.

3.3. La tolleranza

La giustificazione in termini assiologici del principio giuridico-costituzionale di laicità impone, a mio modo di vedere, di riflettere anche su di un concetto controverso e da molti ritenuto addirittura incompatibile con una prospettiva liberale e democratica in materia morale: la tolleranza. Si è detto finora, infatti, che i passaggi obbligati di una teoria interpretativa del principio di laicità nello Stato costituzionale di diritto sono quelli del

²⁵⁶ A. E. Galeotti, *Rispetto come riconoscimento. Alcune riflessioni politiche*, in I. Carter – A.E. Galeotti – V. Ottonelli (a cura di), *Egual rispetto*, Bruno Mondadori, Milano, 2008, pp. 24 – 53, p. 24.

²⁵⁷ Ivi, p. 34. Prosegue la Galeotti dicendo che il rispetto-status, di chiara matrice kantiana, “è incondizionato e indipendente dalle azioni e dalla condotta degli individui. È attribuito solo sulla base del riconoscimento degli altri come persone, luoghi del valore morale, capaci di giudizio, scelta autonoma e razionale e co-legislatori della legge morale.”

riconoscimento e della garanzia dei valori dell'autonomia individuale e dell'eguale considerazione e rispetto. Si è affermato altresì come i progetti etici degli individui vadano rispettati in virtù dell'indipendenza etica di ciascuno e non in ragione del contenuto dei progetti stessi, il che sembrerebbe limitare lo spazio logico all'interno di una teoria della laicità al concetto di tolleranza. Non è un mistero, infatti, che la tolleranza sorga dal “rifiuto che [determinati] atti immediatamente suscitano nella persona tollerante”²⁵⁸. Questi atti potrebbero ben consistere in proiezioni esterne del progetto etico individuale dei quali non si comprende il valore o ai quali si attribuisce un disvalore²⁵⁹. Se si guarda poi a quei progetti etici che si attagliano a contenuti di tipo religioso, con le caratteristiche segnalate nel par. 3.1.3. e i problemi pratici che tali progetti di vita sollevano, il problema della tolleranza rientra prepotentemente in gioco. È più frequente infatti che in relazione a progetti di vita fondati su valori ritenuti non negoziabili e basati su pratiche delle quali è difficile fornire ragioni accessibili a tutti si generino problemi di intolleranza²⁶⁰.

Nel primo capitolo mi sono soffermato sulla tesi di Berger relativa alla “perdita di assiomaticità” delle credenze religiose e quindi non ritornerò sul punto²⁶¹; è importante segnalare, però, come nonostante tale perdita di assiomaticità, che si sostanzia poi in un maggior onore argomentativo per i credenti nel dialogo pubblico con i non credenti, le

²⁵⁸ E. G. Valdés, «*Leva le tue sudicie zamppe del mio Mozart!*». *Riflessioni sul concetto di tolleranza*, in ID., *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 165 – 184, p. 166.

²⁵⁹ Come sottolineato da L. Gianformaggio, *Il male da tollerare, il bene da tollerare, l'intollerabile*, in P. Comanducci – R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1993*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 203 – 228, “l'oggetto in relazione al quale si richiede esercizio di tolleranza è sempre, sia pure debolissimamente, caricato di disvalore”.

²⁶⁰ Secondo R. Audi, *La razionalità della religione*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2014, pp. 53 – 54, “1) Se ho giustificazioni per una proposizione, ho qualche fondamento che posso esibire, e *se*, nell'esibirlo, ti convinco di essere giustificato nel crederci, allora ciò merita – anche se non lo richiede – il tuo *consenso*. [...] 2) Si supponga però che la mia credenza sia razionale ma non giustificata, come quando non ho un fondamento specifico per essa – a differenza di un fondamento costituito da un'impressione basata sull'esperienza o su una sensazione di forte plausibilità intuitiva. Se, citando tali indicazioni, ti convinco che la mia credenza è razionale nel senso dell'armonia con la ragione, allora[...]la mia credenza su questi elementi può meritare solo il tuo *rispetto*. [...] 3) Ma se tutto quello di cui posso convincerti è che la mia credenza non è irrazionale, dunque è semplicemente ammissibile dal punto di vista razionale, posso meritare soltanto la tua *tolleranza* minimamente rispettosa, un atteggiamento che permette sia la disapprovazione sia certi generi di opposizione (non violenta)”.

²⁶¹ Cap. 1, par. 3.2.

religioni conservino una funzione molto marcata di *conversation stopper*²⁶². È difficile, e probabilmente andrebbe contro la natura stessa della credenza religiosa, che un cittadino religioso riesca a fornire ragioni accessibili a tutti per la propria fede con la conseguenza che molte pratiche ad essa collegate potrebbero ingenerare negli altri cittadini sintomi di intolleranza. Si pensi, ad esempio, allo studente musulmano il quale pretenda che alla mensa scolastica gli venga servito un menù privo di carne di maiale: è chiaro che difficilmente lo studente potrà addurre ragioni razionalmente comprensibili a sostegno della propria pretesa. È in casi come questo, però, che entra in gioco il valore della tolleranza, quando cioè si accetta di assecondare una pretesa senza chiedere per essa ragioni giustificative. Ma un'esigenza di tolleranza emerge anche in quelle situazioni in cui giuridicamente determinate condotte potrebbero essere proibite perché in contrasto con principi (e valori) costituzionalmente protetti²⁶³. Si è detto nel par. 3.1.4. come l'indipendenza etica non debba convertirsi in una "libertà fuori controllo", con la conseguenza che il governo possa limitare quelle scelte etiche potenzialmente dannose per i consociati e potenzialmente lesive di un bene cui si attribuisce un valore intrinseco oggettivo. Tuttavia, quando nonostante tale potenziale lesivo il governo decide di assecondare determinate pratiche, le ragioni di tale atteggiamento vanno ricercate nel valore della tolleranza. Si faccia il caso dello studente Sikh che pretenda di portare con sé a scuola il kirpan, un pugnale cerimoniale. La preoccupazione di evitare danni a terzi dovrebbe far propendere per il divieto assoluto di introdurre armi nelle scuole, ma non sono rari i casi in cui tale pratica è stata avallata giurisdizionalmente in nome della

²⁶² Riprendo qui la famosa espressione di R. Rorty, *Religion As Conversation-Stopper*, in ID., *Philosophy and Social Hope*, Penguin, New York, 1999, pp. 168 – 174.

²⁶³ P. Comanducci, *Sul problema della tolleranza*, in ID.- R. Guastini, *Analisi e diritto 1993*, cit., pp. 249 – 259, p. 250.

tolleranza²⁶⁴. Chiaramente se in determinati casi pratiche che *prima facie* si tenderebbe a proibire vengono tollerate ciò avviene in virtù di un “valore che la persona tollerante considera superiore”²⁶⁵. Garzón Valdés parla a tal proposito della coesistenza di due sistemi normativi: da una parte un “sistema normativo di base” contiene la tendenza a non permettere l’atto tollerato, dall’altra, invece, un “sistema normativo giustificante” conterrebbe principi e regole atte al superamento di quella tendenza²⁶⁶. Se si guarda, però, al sistema costituzionale nel suo complesso e ci si mette alla ricerca di una definizione della tolleranza in termini interpretativi sembra difficile accettare questa distinzione²⁶⁷. È chiaro che da un punto di vista meramente logico le ragioni che stanno alla base della tolleranza superano in un certo senso quelle che proibirebbero l’atto tollerato. Nel sistema dello Stato costituzionale di diritto, però, è opportuno ricercare una giustificazione capace di integrare i valori dell’autonomia e dell’eguale considerazione e rispetto con quello della tolleranza. Intuitivamente, infatti, potrebbe rilevarsi una sostanziale disparità tra i soggetti che hanno il potere di tollerare (o non tollerare) e i soggetti tollerati (o non tollerati), il che sembrerebbe costituire una violazione dei principi di autonomia ed eguale considerazione e rispetto di tutti. Una differenza tra i primi due principi e quello di tolleranza è, però, evidente. Quando si parla di tolleranza, infatti, rientra prepotentemente in gioco l’oggetto tollerato e, dunque, a differenza dell’autonomia e dell’eguale rispetto come valori intrinseci riconosciuti ad ogni soggetto nello Stato costituzionale di diritto, la tolleranza è principio, avente finalità risolutive di conflitti pratici, che insiste sulla tollerabilità o meno di un atto.

²⁶⁴ Su questo problema si sofferma diffusamente B. Leiter, *Perché tollerare la religione?*, Edizioni Ariete, Milano, 2016. Il caso citato da Leiter è *Multani v. Comm’n scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, 2006, in cui “la Corte Suprema canadese scelse di tollerare la pratica di portare il kirpan, considerata l’importanza di tale pratica per i fedeli, il rischio apparentemente limitato che si verificasse un danno, e il valore speciale assegnato dalla Carta canadese dei diritti e delle libertà al multiculturalismo”.

²⁶⁵ E. G. Valdés, «*Lena le tue sudicie zampe del mio Mozart!*», cit., p. 166.

²⁶⁶ Ivi, p. 172.

²⁶⁷ Cfr. sul punto M. Atienza, *Dos sugerencias (muy menores) sobre el concepto de tolerancia*, in «Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho», 30 (2007), pp. 61 – 63.

Se, come si è affermato nel par. 3.1.3., la libertà religiosa non è un diritto speciale rispetto alla libertà di coscienza, si è pure lasciata aperta la possibilità che alcune caratteristiche proprie delle religioni siano idonee a rivalutare il ruolo della tolleranza nello Stato costituzionale di diritto. Il fatto che in esso i soggetti si percepiscano come “moralmente eguali” ovvero come “concittadini titolari di eguali diritti” ha due conseguenze: da una parte ogni soggetto deve sapersi attenere alle proprie convinzioni etiche, dall'altra ognuno deve essere disposto a relativizzare la propria posizione aprendosi ad un “ragionevole disaccordo”²⁶⁸. Questo tipo di tolleranza è pubblico e orizzontale, praticato cioè tra soggetti che si percepiscono reciprocamente come liberi ed eguali²⁶⁹. Esso, tuttavia, più che in relazione all'oggetto tollerato trova fondamento nelle attribuzioni in termini di diritti che connotano i soggetti coinvolti. Quando, invece, determinati soggetti pretendono di esercitare pubblicamente pratiche religiose potenzialmente idonee a mettere in discussione quegli stessi valori di autonomia ed eguale considerazione e rispetto, la tolleranza deve trovare un altro fondamento giustificativo. Se, infatti, i valori oggettivi dell'autonomia e dell'eguale considerazione e rispetto subiscono un *vulnus* dall'atto tollerato, non può ricercarsi la ragione della tolleranza in quegli stessi valori. Come sottolinea Brian Leiter

[...]se v'è qualcosa di moralmente rilevante nelle credenze e nelle pratiche religiose che richiede una speciale attenzione da parte del diritto, ciò è connesso alle esigenze della coscienza che la religione impone ai credenti.²⁷⁰

²⁶⁸ R. Forst, *Critica dei rapporti di giustificazione. Prospettive di una teoria politica critica*, Trauben, Torino, 2013, p. 216. Sulla relativizzazione delle rispettive posizioni etiche si rimanda ancora una volta a Cap. 1, par. 3.2.

²⁶⁹ Sulla differenza tra tolleranza orizzontale e verticale v. E. G. Valdés, «*Lava le tue sudicie zamppe del mio Mozart!*», cit., pp. 170 e ss.

²⁷⁰ B. Leiter, *Perché tollerare la religione?*, cit., p. 30.

In particolare, evidenzia Leiter, le caratteristiche delle credenze e delle pratiche religiose potenzialmente idonee a giustificare un trattamento tollerante differenziato rispetto alle altre credenze sono fondamentalmente due: la *categoricità dei precetti religiosi* e il loro *isolamento dall'evidenza empirica*²⁷¹. Quanto alla prima caratteristica Leiter intende che i dettami religiosi sono percepiti dai fedeli come precetti categorici; relativamente alla seconda, invece, Leiter vuol dire che quasi tutte le principali tradizioni religiose “non rispondono[...]alle ragioni e alle prove empiriche come vengono intese in altri ambiti (per esempio, nel senso comune e nella scienza)”²⁷². L'esercizio pubblico della ragione e la connessa pretesa che le credenze siano giustificate pubblicamente subisce una battuta d'arresto dinanzi alle pratiche di contenuto religioso. Si potrebbe affermare che la religione impedisce il dibattito tematico su alcune questioni, ovvero interdice la discussione inducendo gli interlocutori ad evadere il problema e la questione controversa²⁷³. Il criterio di chiusura rispetto alle pratiche consentite in ambito pubblico diventa dunque la tolleranza che transige su questa impossibilità di tematizzazione al fine di “limitare (e tendenzialmente eliminare) la guerra”²⁷⁴, perseguendo invece la pace sociale. Il che, ovviamente, non vuol dire che tutte le pratiche religiose debbano essere tollerate ma, molto più semplicemente, che laddove sia possibile il Diritto debba attivarsi nella ricerca di strumenti giuridici volti alla salvaguardia delle profonde convinzioni dei soggetti religiosi.

²⁷¹ Ivi, p. 34.

²⁷² Ivi, p. 39.

²⁷³ Si veda ampiamente sul punto: J. Aguiló Regla, *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Editorial Trotta, Madrid, 2015; ID., *Acuerdos jurídicos y debate*, Fontamara, México, 2017; ID., *Los escenarios de la laicidad: grandeza y miseria. Un comentario a “Laicidad, religión y deliberación pública” de Rodolfo Vázquez*, in J. Cerdio – P. De Larrañaga – P. Salazar (coord.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, ITAM, México, 2017, pp. 259 – 275.

²⁷⁴ L. Gianformaggio, *Il male da tollerare, il bene da tollerare, l'intollerabile*, cit., p. 227.

4. LA NEUTRALITÀ COME MODALITÀ OPERATIVA DELLA LAICITÀ

Il termometro relativo alla garanzia dell'eguale libertà di tutti i cittadini a credere liberamente in quei valori che a loro avviso consentono un migliore sviluppo della propria esistenza e al rispetto del valore della tolleranza è affidato ad una modalità operativa (o di attuazione) di quei valori che lungi dall'essere “significati meramente contingenti” costituiscono “programmi istituzionali necessari”²⁷⁵ per qualsivoglia Stato costituzionale di diritto: la neutralità.

4.1. Neutralità

Quello della neutralità è un tema amplissimo ma, ai fini limitati del presente scritto, può ben intendersi la neutralità quale meccanismo istituzionale posto a garanzia dell'eguale libertà di coscienza e religione degli individui²⁷⁶; alla sua modellazione concettuale ha contribuito in maniera decisiva la riflessione del filosofo statunitense John Rawls che si è sviluppata in maniera compiuta all'interno del testo *Political Liberalism*²⁷⁷. Paradossalmente, però, Rawls si è anche guardato bene dall'utilizzare il termine neutralità, intimorito com'era dall'ambiguità dello stesso. Rawls, infatti, ritiene vi siano almeno due sensi della neutralità.

Il primo senso è quello della neutralità *procedurale*, secondo la quale una procedura di scelta delle politiche da adottare è neutrale qualora possa essere giustificata o legittimata

²⁷⁵J. Maclure – C. Taylor, *Secularism and Freedom of Conscience*, cit., p. 20. Come affermato da D. Llamazares Fernández, *Laicidad, sistema de acuerdos y confesiones minoritarias en España*, in «Revista catalana de dretpublic», núm. 33, 2006, pp. 71 – 112, p. 77 “La exigencia más característica de la laicidad es la neutralidad”.

²⁷⁶È questo, ad esempio, uno dei due sensi indicati da A. Ruiz Miguel, *Laicidad y Constitución*, cit., p. 44.

²⁷⁷J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993. Cfr. J. Raz, *The Morality of Freedom*, cit., pp. 111 e ss. Si veda ampiamente sul punto C. Del Bò, *La neutralità necessaria. Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, Edizioni ETS, Pisa, 2014, pp. 31 e ss.

senza fare appello a valori morali o, al massimo, facendo riferimento a valori neutrali quali l'imparzialità, la coerenza nell'applicazione di principi generali a tutti i casi ragionevolmente vicini o l'eguale opportunità concessa a tutti i "contendenti" di presentare le proprie richieste²⁷⁸.

Il secondo senso indicato da Rawls è quello relativo ad una neutralità *dei fini* che può atteggiarsi, a suo avviso, in tre modalità differenti.

1) Lo Stato dovrebbe assicurare a tutti i cittadini la medesima opportunità di promuovere la propria concezione del bene.

2) Lo Stato non dovrebbe fare nulla che finisca per favorire o promuovere una particolare dottrina comprensiva oppure offrire un maggiore aiuto a chi la sostiene.

3) Lo Stato non dovrebbe fare nulla che incida (positivamente o negativamente) sulle probabilità che i cittadini accettino una particolare concezione del bene anziché un'altra, a meno che non prenda provvedimenti che annullino o compensino gli effetti delle politiche che lo fanno²⁷⁹.

L'assunto di fondo da cui parte Rawls per sostenere in qualche misura questa seconda forma di neutralità è la tesi della *priorità del giusto sul bene*. Il fatto del pluralismo (su cui mi sono soffermato ampiamente nel primo capitolo) impone a questa tesi, la quale postula la prevalenza di una determinata concezione della giustizia sulle concezioni particolari del bene, di fungere da "vincolo o filtro rispetto alla concezioni del bene ammissibili"²⁸⁰.

La tesi della priorità del giusto sul bene postula chiaramente una compromissione valoriale da parte di chi la sostiene, secondo cui solo alcuni valori (moralì) starebbero alla

²⁷⁸J. Rawls, *Political Liberalism*, cit., p. 191.

²⁷⁹Ivi, pp. 192 – 193.

²⁸⁰C. Del Bò, *La neutralità necessaria*, cit., p. 47.

base di una corretta idea della giustizia. Posizioni di questo tipo sono state generalmente definite quali *perfezioniste*, proprio in opposizione alle posizioni *neutraliste*. Le prime si premurano, infatti, di dimostrare una superiorità del modello liberale rispetto agli altri²⁸¹; le seconde, invece, cercano di sconfessare questa superiorità rifacendosi ad un concetto di neutralità più vicina a quella che abbiamo prima definito “procedurale”²⁸². Leggendo la neutralità quale modalità operativa del principio giuridico di laicità, e se l’ipotesi, prima avanzata, secondo cui a base giustificativa di tale principio devono essere posti i tre valori della libertà, dell’eguaglianza e della tolleranza, è vera, allora la neutralità deve essere necessariamente una neutralità liberale, egualitaria e tollerante. E la neutralità dei fini, secondo la definizione di Rawls è tale, soprattutto se guardata nella sua prima declinazione. Dire che “lo Stato dovrebbe assicurare a tutti i cittadini la medesima opportunità di promuovere la propria concezione del bene” significa attribuire particolare rilevanza a due valori. Il primo è, appunto, quello della libertà dal momento che si attribuisce un valore intrinseco alla possibilità dei cittadini di sviluppare in maniera autonoma una propria concezione del bene (o, per dirla con Dworkin, si attribuisce valore alla loro indipendenza etica). Il secondo è, invece, quello dell’eguale considerazione e rispetto perché *tutti* i cittadini devono avere tale possibilità, senza alcuna distinzione, ovvero senza che ad alcuna delle concezioni del bene avanzata sia data prevalenza gerarchica.

La neutralità, intesa quale modalità operativa della laicità, deve essere insomma veramente neutrale rispetto alle concezioni *etiche* dei cittadini, ovvero a quelle concezioni che sono difese e difendibili solamente a partire da concezioni particolari della vita che si

²⁸¹Si veda ampiamente sul punto A. Verza, *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, Giuffrè, Milano, 2000.

²⁸² C. Del Bò, *La neutralità necessaria*, pp. 96 e ss.

dirigono pertanto solo ed unicamente a chi volontariamente vi aderisce; non pretende, invece, di essere neutrale rispetto a questioni di giustizia o diritto dal momento che la giustificazione e legittimità dell'organizzazione politica dipendono proprio dalla protezione e dal riconoscimento dei diritti individuali²⁸³. Anzi, è proprio l'adesione dello Stato ad una neutralità di tipo liberale ed egualitario che consente un pieno ed autonomo sviluppo della personalità individuale, basato sull'indipendenza etica di ognuno. Fondandosi sui valori che stanno alla base della libertà (autonomia) e dell'eguaglianza (eguale considerazione e rispetto), riconosciuti in tutte le odierne Costituzioni, la neutralità è lo strumento posto a salvaguardia dell'eguale indipendenza etica di tutti i cittadini.

5. SUPERAMENTO DELL'AMBIGUITÀ SECOLARIZZAZIONE/LAICITÀ

La distinzione, a mio modo di vedere, più convincente, anche in virtù di quanto esposto finora, tra secolarizzazione e laicità è la seguente:

a) *Secolarizzazione* : processo storico-sociologico mediante il quale le pratiche sociali in senso ampio (sociali, culturali, politiche, giuridiche) si emancipano dagli ambiti normativi religiosi di riferimento.

²⁸³A. Ruiz Miguel – L. Villavicencio Miranda, *Estado y religión. Una justificación liberal de la laicidad neutral*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 102, septiembre – diciembre (2014), pp. 93 – 126, p. 107. I due autori difendono quella che chiamano una concezione “liberale della laicità neutrale” che si fonda su due assunti fondamentali: “i) el Estado no ha de ser neutral en cuestiones relativas a la justicia o a los derechos, y ii) un Estado debe ser neutral respecto de las concepciones del bien, aunque exclusivamente en relación con la justificación y no a los efectos.”

b) *Laicità* : principio giuridico-costituzionale del quale si sono dotate generalmente le democrazie occidentali, posto a tutela dei valori della libertà, dell'eguale considerazione e rispetto, e della tolleranza che si attua mediante la modalità operativa della neutralità.

Il primo concetto ha portata *descrittiva*; il secondo, invece, ha portata *normativa*. La secolarizzazione, e su questo punto si è molto insistito nel primo capitolo, deve 'spiegare uno stato di cose' che corrisponde al ruolo svolto dalle religioni in una determinata società. La laicità si giustifica, invece, concettualmente in relazione ad un determinato contesto che è quello dello Stato costituzionale di diritto; più precisamente, "esso si giustifica a partire da principi e valori" e deve, dunque, essere sostenuto da una teoria normativa che può essere, a mio modo di vedere, quella che ho fin qui, per linee molto generali, indicato.

6. VISIONI PATOLOGICHE DELLA LAICITÀ. LAICITÀ POSITIVA E LAICISMO.

6.1. La laicità positiva

Secondo alcune teorie, che sostengono una visione *positiva* della laicità, possono verificarsi contingentemente delle forme di compromesso più o meno intenso tra Stato e chiese²⁸⁴. Tali teorie si fondano generalmente su due assunti:

1) presenza nelle Costituzioni di un principio di *cooperazione* con le confessioni religiose (es. art. 16.3 CE);

²⁸⁴Cfr. sul punto: A. Ollero Tassara, *Religión, racionalidad y política*, Comares, Granada, 2013; R. Navarro-Valls, *Neutralidad activa y laicidad positiva*, in A. Ruiz Miguel – R. Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 97 e ss.; M. Rodríguez Blanco, *Il principio di laicità in Spagna* in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», gennaio 2011, pp. 1 – 20;

2) estensione del modello dello Stato sociale di diritto alla libertà religiosa, rispetto alla quale si ammette una realizzazione in termini di libertà *positiva* oltre che di libertà *negativa*²⁸⁵.

È innegabile che alcune costituzioni, come quella spagnola, favoriscano una lettura del principio di laicità in chiave positiva. Se, in effetti, all'art. 16.3 si afferma che “Nessuna confessione avrà carattere statale. I pubblici poteri terranno conto delle convinzioni religiose della società spagnola e manterranno le conseguenti relazioni di cooperazione con la Chiesa Cattolica e le altre confessioni”, è difficile negare come sia imposta alle autorità pubbliche, e ai giudici soprattutto, una certa lettura del principio di laicità che conferisce un tratto distintivo alla religione maggioritaria. In che senso i pubblici poteri dovrebbero tenere conto delle convinzioni religiose nella società spagnola?

Il rischio, che si è poi convertito in articolate teorie, è quello di intendere quest'obbligo in termini di valorizzazione positiva del fenomeno religioso, con tutte le conseguenze che un'attribuzione di valore “positivo” alla religione possono determinare in una società laica. Come sottolineato da Alfonso Ruiz Miguel, infatti,

el término “positivo” en este contexto creo que puede tener sólo dos significados. Según el primero, de carácter más bien descriptivo, un deber, una conducta o una medida se caracterizan por su carácter activo en contraposición a pasivo, que es el sentido utilizado cuando se habla de deberes positivos, como deberes de hacer, que se cumplen mediante acciones positivas, en contraste con los deberes negativos o prohibiciones, que se cumplen mediante omisiones o acciones negativas. Según el segundo significado, eminentemente valorativo, una acción, una política o

²⁸⁵L. Prieto Sanchis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013, p. 256.

una institución se califican como positivas porque se consideran buenas conforme a principios o por sus efectos, en contraste con el carácter negativo en cuanto nocivo que podrían tener las figuras opuestas²⁸⁶.

Il vero problema è che nelle teorie della laicità positiva si è verificata molto spesso una convergenza di questi due sensi, ritenendo accanto ad un obbligo di attivazione da parte dello Stato per favorire determinate credenze e pratiche religiose, anche un'attribuzione di valore positivo alle stesse in virtù dei loro principi ed effetti sociali. È evidente come questa maniera di intendere la laicità comporti un serio problema in relazione al valore dell'eguale considerazione e rispetto, posti poc'anzi a fondamento giustificativo del principio di laicità nello Stato costituzionale di diritto. Se infatti in una concezione "positiva" della laicità non sembrano essere messi in discussione il valore della libertà intesa quale autonomia ed indipendenza nelle scelte di tipo etico (i soggetti sono comunque liberi di scegliere il proprio progetto etico) e quello della tolleranza (la laicità positiva non si accompagna, generalmente, ad atteggiamenti di intolleranza nei confronti dei soggetti che non aderiscono alla religione maggioritaria), siffatta rappresentazione della laicità sembra infrangere il valore dell' eguaglianza intesa come eguale considerazione e rispetto di tutti gli individui a prescindere dalle loro scelte etiche particolari. L'attribuzione di un valore particolare alla religione, che è poi spesso la religione maggioritaria, crea difatti una scala gerarchica tra le concezioni del bene abbracciate dai cittadini. Questa gerarchizzazione, inoltre, viene il più delle volte giustificata sulla base di argomenti storico-sociologici che non dovrebbero, come si è visto, essere posti alla base di una teoria normativa sulla laicità. Se, infatti, si afferma come fa Navarro-Valls che "la actitud del

²⁸⁶A. Ruiz Miguel, *Para una interpretación laica de la constitución*, in ID.-R. Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución*, cit., pp. 31 – 95, p. 60.

Estado hacia la religión es una cuestión primordialmente política, y es el resultado, en gran medida, de la tradición histórica y de las circunstancias sociales de cada país” si dimentica che l’attitudine dello Stato nei confronti della religione è sì questione politica ma anche, e soprattutto, questione giuridica. Porre a fondamento di una teoria della laicità *positiva* le condizioni sociali in cui versa una credenza religiosa all’interno di un determinato Paese vuol dire perdere di vista le mutate condizioni del Diritto all’indomani dell’introduzioni delle costituzioni, nonché confondere in maniera grossolana i problemi legati alla secolarizzazione, più o meno elevata, di una società e i fondamenti normativi della laicità. I primi sono problemi su cui devono lavorare i sociologi, aiutando com’è doveroso i giuristi a comprenderne la portata e le ricadute a livello di conflittualità sociale; sui secondi deve lavorare il Diritto, elaborando strategie di protezione di diritti che sono ormai costituzionalmente garantiti.

La laicità positiva presenta dunque, a mio modo di vedere, due problemi:

1. È una concezione della laicità che salvaguarda i valori della libertà e della tolleranza, ma non quello dell’eguale considerazione e rispetto;
2. È una concezione della laicità che opera una confusione concettuale tra i concetti di secolarizzazione (da intendersi quale concetto meramente descrittivo) e laicità (che in quanto concetto interpretativo fondato su di una teoria normativa si costruisce su valori)

6.2. Laicismo

Un’altra visione patologica della laicità è quella che viene dai più definita “laicista”.

Nelle parole di Michelangelo Bovero

desde algún tiempo se ha difundido la tendencia a oponer la expresión “laicismo” al término que le es afín a “laicidad”; en una especie de guerra civil de significados, el primero se radicaliza para designar una posición teórica y práctica de abierta hostilidad hacia las creencias y las instituciones religiosas en cuanto tales; el segundo, en cambio, se diluye hasta que coincide con un método que permite y favorece la convivencia y el diálogo entre las creencias y las no creencias. [...]por un lado, al laicismo se le imputa la tendencia a transformarse en una especie de religión invertida y, por lo tanto, se le acusa de contradecir sus propios principios; por el otro lado, a la laicidad no laicista, se le reprocha una actitud aquiescente y dispuesta con la injerencia eclesiástica en la esfera política y, por tanto, una tendencia a perder su propia identidad y razón de ser²⁸⁷.

Il laicismo presenta, a mio modo di vedere, gli stessi identici problemi della laicità positiva. Come quest’ultima visione cerca di difendere una certa superiorità del valore etico della religione, il laicismo propugna la superiorità del valore di una concezione fondata su di un’etica non-religiosa (nel senso di non-teistica). In realtà, come ha messo bene in evidenza Gustavo Zagrebelsky, il termine laicismo è stato spesso utilizzato dalla Chiesa, o da soggetti credenti in generale, come “contenitore di tutto ciò che, in materia di rapporti tra Stato e Chiesa, non aggrada a quest’ultima”²⁸⁸. È quindi nell’ambito religioso che si è volontariamente favorita la nascita di una terminologia peggiorativa della laicità, ponendola a confronto proprio con quella laicità positiva (spesso anche definita “sana”) cui si faceva riferimento nel precedente paragrafo. Se si supera, però, quest’utilizzo strumentale dei concetti di laicità positiva e laicismo può notarsi come, da un punto di

²⁸⁷M. Bovero, *El concepto de laicidad*, Colección de Cuadernos “Jorge Carpizo”, Para entender y pensar la laicidad, Núm. 2, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013, p. 2. L’ A. ricorda come la parola “laicismo” sia entrata a far parte del lessico politico, probabilmente, a partire da alcune dichiarazioni di Papa XII finalizzate a difendere il diritto della Chiesa Cattolica ad intervenire nella sfera pubblica.

²⁸⁸G. Zagrebelsky, *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell’uomo*, Laterza, Roma – Bari, 2010, p. 11.

vista teorico, le due espressioni presentino i medesimi problemi. Entrambe, infatti, propongono una gerarchizzazione di valori incompatibile con una definizione liberale ed egitaria del principio di laicità. Ed entrambe commettono, a mio modo di vedere, un medesimo errore.

L' argomento più utilizzato dai sostenitori di una laicità positiva è, come abbiamo visto, quello di una nuova rilevanza pubblica della religione che giustificherebbe, anche a partire da una certa lettura dei documenti costituzionali e da una particolare rilevanza culturale di una religione, una valorizzazione positiva della credenza religiosa. Il problema, e anche questo lo si è visto, è che a sostegno di una teoria normativa qual è quella della laicità si utilizza un argomento puramente *descrittivo*: quello del minore o maggior grado di secolarizzazione di una società.

In maniera speculare, il laicismo nel proporre una particolare visione della laicità la fonda sull'auspicio di una maggiore secolarizzazione della società, convertendo questo concetto da descrittivo in normativo. Premesso come sia ben possibile che, al livello della scelta dei valori etici personali avvenga questa inversione concettuale (un soggetto ben potrà ritenere che un progetto di vita buona si fondi sulla realizzazione di valori secolari come la razionalità, l'ateismo o l'agnosticismo²⁸⁹), questa scelta sarà difficilmente ad un livello di teoria normativa sulla laicità, a meno di non voler rinunciare ai valori che la caratterizzano.

Il laicismo presenta dunque, a mio modo di vedere, due profili problematici:

1. È una concezione della laicità che salvaguarda i valori della libertà e dell'eguaglianza, ma non quello della tolleranza;

²⁸⁹In questo caso, allora, sarebbe più corretto parlare di "secolarismo" come categoria che racchiude "doctrinas o posiciones políticas (o teóricas) que promueven o justifican la secularización, es decir, los procesos de emancipación de las prácticas sociales respecto a los marcos normativos religiosos que previamente les servían de referencia" (D. Morondo Taramundi, *El principio de laicidad y el principio antidiscriminatorio en la discusión sobre la libertad religiosa*, cit., p. 594).

2. È una concezione della laicità che opera una confusione concettuale tra i concetti di secolarizzazione (da intendersi quale concetto meramente descrittivo) e laicità (che in quanto concetto interpretativo fondato su di una teoria normativa si costruisce su valori)

4.

LA LIBERTÀ RELIGIOSA NELL'AMBITO DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

1. INTRODUZIONE

2. LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

3. L'ART. 9 CEDU. LIBERTÀ DI PENSIERO, COSCIENZA E RELIGIONE.

3.1. L'art. 9.1.

3.2. La distinzione *forum internum/forum externum*

3.3. I limiti legali all'esercizio della libertà religiosa ex art. 9.2.

4. DISCRIMINAZIONE E FATTORE RELIGIOSO

4.1. Il divieto di discriminazione ex art. 14 CEDU

4.2. Discriminazione diretta e discriminazione indiretta

4.2.1. Discriminazione diretta

4.2.2. Discriminazione indiretta

4.2.2.1. *Excursus*. Le misure specifiche o azioni positive e la loro giustificazione in termini morali

5. IL DIRITTO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO COME PRATICA SOCIALE

5.1. La Corte di Strasburgo

5.1.1. Il ruolo costituzionale della Corte di Strasburgo

6. STRUMENTI ERMENEUTICI E METODI DI RAGIONAMENTO DELLA CORTE

6.1. Il principio di proporzionalità, ovvero la ponderazione dei diritti

6.1.1. Una premessa necessaria: la distinzione tra regole e principi

6.1.1.1. I diritti fondamentali come principi

6.1.2. Proporzionalità e ponderazione dei diritti

6.1.2.1. La ponderazione come procedimento razionale

6.1.2.1.1. La formula del peso di Alexy

6.1.2.1.2. La proposta di Manuel Atienza. Razionalità senza aritmetica e “senso comune”

6.1.3. Ponderazione e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo

6.1.3.1. Samantha Besson. Il bilanciamento ‘qualitativo’

6.1.3.2. Un bilanciamento qualitativo ‘operativo. La proposta di Stijn Smet.

6.2. Il margine di apprezzamento nazionale, ovvero la deferenza al legislatore

6.2.1. Una premessa necessaria: la dimensione istituzionale del Diritto.

6.2.2. Principi sostanziali e principi istituzionali.

6.2.3. Il margine di apprezzamento come principio istituzionale in senso stretto.

1. INTRODUZIONE

Obiettivo del presente capitolo è quello di fornire al lettore una mappa concettuale sui meccanismi istituzionali ed argomentativi della Corte Europea dei diritti dell’uomo, che sia utile ad affrontare in maniera più consapevole l’analisi e la valutazione delle pronunce giurisprudenziali che si propone nell’ultimo capitolo.

Nel par. 2 mi soffermo succintamente sulle caratteristiche generali della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Successivamente, analizzo nel dettaglio l’art. 9 CEDU sulla libertà di pensiero, coscienza e religione (par. 3), passando poi all’art. 14 sul divieto generale di discriminazione (par. 4).

Dopo aver fatto chiarezza sui parametri normativi di riferimento, affronto una questione, a mio avviso, fondamentale: se si possa o meno parlare di una natura ‘costituzionale’ della Corte di Strasburgo, facendo leva su quello che nel capitolo precedente si è definito ‘Diritto inteso come pratica sociale’ (par. 5).

L'ultimo paragrafo (par. 6) è, invece, dedicato agli strumenti ermeneutici ed argomentativi utilizzati con maggior frequenza dalla Corte, con una particolare attenzione conferita agli schemi della proporzionalità (par. 6.1.) e del margine di apprezzamento (par. 6.2.).

2. LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo fu approvata dal Consiglio d'Europa il 25 agosto 1950, con l'intento di tutelare i diritti umani e le libertà fondamentali in Europa²⁹⁰. Seguendo la classificazione adoperata da Josep Casadevall, giudice andorrano nonché vicepresidente della Corte di Strasburgo dal 2011 al 2015 che ha di recente pubblicato un lavoro ricognitivo sulla Convenzione Europea e sulla Corte europea dei diritti dell'uomo, i diritti e le libertà protette dalla Convenzione possono essere classificati nel modo che segue²⁹¹.

Il primo “blocco compatto” è quello dei diritti inderogabili: diritto alla vita (art. 2), proibizione della tortura e di pene o trattamenti disumani o degradanti (art. 3), proibizione della schiavitù (art. 4, par.1) e obbligo di rispettare il principio di legalità penale (art. 7)²⁹².

Accanto a questo primo blocco si pongono poi i cd. diritti minimi tra i quali si includono: divieto dei lavori forzati e obbligatori (art. 4 par. 2, fatta salva l'eccezione prevista nel seguente par. 3); diritto alla libertà e alla sicurezza, alla limitazione della carcerazione preventiva, ad essere informati circa i motivi dell'arresto e delle accuse, alla

²⁹⁰ Per una ricostruzione delle vicende storiche che condussero all'adozione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo v. il recente contributo di M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo. Itinerari giurisprudenziali*, Edizioni ETS, Pisa, 2018, pp. 21 – 67. Si segnalano, inoltre, sul punto: M. Duranti, *The Conservative Human Rights Revolution. European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 215 e ss.; W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 5 e ss.; J.A. Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*

²⁹¹ J. Casadevall, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant Lo Blanche, Valencia, 2012.

²⁹² Ivi, p. 35.

riparazione per ingiusta detenzione (art. 5); diritto a una tutela giudiziale effettiva, a un processo equo, pubblico e dalla durata ragionevole che rispetti il diritto di difesa davanti a un tribunale indipendente e imparziale (art. 6); diritto a contrarre matrimonio e fondare una famiglia a partire dall'età minima (art. 12); diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale per le persone che hanno visto violati i diritti e le libertà loro riconosciute dalla Convenzione (art. 13); divieto di discriminazione nel libero esercizio dei propri diritti e libertà (art. 14).²⁹³

L'ultimo gruppo di diritti, che è quello di maggior interesse per il mio studio, comprende i cd. "diritti limitati (o ristretti)"²⁹⁴. Tra questi vanno annoverati: il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza (art. 8); il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9); il diritto alla libertà di espressione e di opinione (art. 10); e, infine, il diritto alla libertà di riunione pacifica e di associazione (art. 11).

Vanno inoltre ricordate anche le disposizioni contenute nell'art. 2 del Protocollo n. 4 (Libertà di circolazione) e nell'art. 1 del Protocollo n. 7 (Garanzie procedurali in caso di espulsioni di stranieri). I diritti contenuti in quest'ultimo gruppo hanno la peculiarità di essere ristretti o limitati dagli stessi articoli all'interno dei quali sono contenuti. In altre parole, nel riconoscere tali diritti, il Consiglio d'Europa ha previsto alcune facoltà di restrizione e adozione di misure che permettano agli Stati contraenti una certa ingerenza nel loro esercizio. Tali misure, considerate necessarie in una società democratica, sono vincolate a determinate condizioni di legalità, prevedibilità, necessità e proporzionalità, che le autorità nazionali possono adottare per salvaguardare la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale e la sicurezza pubblica, l'ordine e la prevenzione del crimine, la

²⁹³ Ivi, p. 36.

²⁹⁴ Ibidem. Sul punto cfr. R. Dworkin, *Cosa sono i diritti umani?*, in «Ragion pratica», 2/2007, pp. 469 – 480.

protezione della salute o della morale pubblica, i diritti e le libertà degli stessi cittadini, la divulgazione di informazioni confidenziali, e, infine, per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziale²⁹⁵.

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo non si limita, come noto, ad elencare i diritti riconosciuti ai singoli individui, pretendendo altresì la loro garanzia effettiva, attraverso il lavoro prezioso della Corte di Strasburgo. E l'efficacia di questo strumento internazionale è ben sottolineata da Casadevall quando afferma che “en materia de protección de la sociedad democrática y de los derechos fundamentales del individuo, el Convenio Europeo constituye el instrumento jurídico más importante de los Estados que componen el ampliado continente europeo”²⁹⁶. Inoltre, evidenzia ancora il giudice andorrano, come fu la stessa Corte a qualificare la convenzione come “strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo”, nella celebre sentenza *Loizidou c. Turchia*²⁹⁷.

²⁹⁵ Ibidem.

²⁹⁶ Ivi, p. 46.

²⁹⁷ CEDU, 23 marzo 1995, *Loizidou c. Turchia*, par. 45. Sul punto cfr. F. Tulkens, *Questioni teoriche e metodologiche sulla natura e l'oggetto delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 87 - 102, p. 88, secondo la quale “la Corte deve esercitare sia una funzione costituzionale che una funzione giurisdizionale”.

²⁹⁷ Ivi, pp. 30 e ss.

3. L'ART. 9 CEDU. LIBERTÀ DI PENSIERO, COSCIENZA E RELIGIONE

3.1. L'art. 9.1.

La protezione della libertà religiosa in Europa è garantita dalla combinazione di più disposizioni contenute nella Convenzione²⁹⁸, tra le quali riveste particolare importanza l'art. 9.

L'art. 9 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo stabilisce che:

“1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui.”²⁹⁹

²⁹⁸ M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., pp. 114 – 115, nonché L. Zucca, *Law v. Religion*, in ID., *A Secular Europe. Law and Religion in the European Constitutional Landscape*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 45 - 64, p. 49. Altre disposizioni convenzionali di particolare rilievo in materia di protezione della libertà religiosa sono gli artt. 2 (Diritto alla vita), 6 (Diritto a un equo processo), 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare), 10 (Libertà di espressione), 11 (Libertà di riunione e di associazione), 14 (Divieto di discriminazione) CEDU, nonché l'art. 2 del Protocollo addizionale n. 1, garante del diritto all'istruzione e del diritto genitoriale a vedere rispettate le proprie convinzioni da parte dello Stato.

²⁹⁹ Sui lavori preparatori che hanno condotto poi all'adozione dell'art. 9 CEDU v. M.D. Evans, *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, pp. 269 – 280.

Il primo periodo dell'art. 9 consacra, generalmente, la libertà di pensiero, coscienza e religione. Le tre libertà non possono essere considerate “equivalenti”, esigendo ognuna di esse una tutela specifica³⁰⁰.

La *libertà di pensiero* protegge l'individuo dagli “indirizzamenti coatti della riflessione individuale” e impone allo Stato di astenersi da qualsivoglia forma di condizionamento delle scelte individuali³⁰¹.

La *libertà di coscienza*³⁰² sembra precedere logicamente la libertà religiosa, quale “libertà più ampia e assorbente la stessa libertà religiosa; idonea, come tale, ad abbracciare ogni posizionamento dell'individuo imputabile a una scelta di coscienza”³⁰³. Tale libertà impone, a mio modo di vedere, alcune riflessioni che vanno ad affiancarsi a quelle già svolte nel capitolo precedente. La libertà di coscienza, e più precisamente il diritto che protegge tale libertà, è fornito di due garanzie fondamentali: 1) la delimitazione di un “*coto vedado*”, ovvero di una sfera inviolabile; 2) il riconoscimento di un diritto generale all'obiezione di coscienza³⁰⁴. Il termine coscienza, rispetto al termine religione, è più generale e “designa, grosso modo, l'insieme dei precetti e delle convinzioni morali

³⁰⁰ D. Durisotto, *Istituzioni europee e libertà religiosa. CEDU e UE tra processi di integrazione europea e rispetto delle specificità nazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 94.

³⁰¹ M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 157. V. anche W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, cit., p. 423.

³⁰² Cfr. supra cap. 3, par. 3.1.2. e 3.1.3.

³⁰³ M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 159.

³⁰⁴ P. Chiassoni, *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in ID., *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili. Scritti di realismo militante*, Aracne Editrice, 2011, pp. 49 – 82, p. 50. Da queste garanzie Chiassoni deriva quattro tesi sul contenuto del diritto di uno Stato costituzionale: “1. L' ascrizione del diritto alla libertà di coscienza[...] comporta *ipso iure* la delimitazione di una sfera riservata d'invulnerabilità e l'ascrizione di un generale diritto alla obiezione di coscienza; 2. Il diritto alla obiezione di coscienza presenta due varianti, che devono essere tenute presenti dall'opinione pubblica e dai pubblici poteri: il diritto di obiezione di coscienza negativa e il diritto di obiezione di coscienza positiva; 3. Eventuali disposizioni che riconoscano il diritto all'obiezione di coscienza sono, pertanto, ridondanti da un punto di vista strettamente normativo[...]; 4. Eventuali disposizioni relative al diritto di obiezione di coscienza, qualora facciano rinvio alla “legge” quale strumento di determinazione delle sue modalità d'esercizio[...] possono soltanto essere intese come autorizzazioni a introdurre, per legge, limiti procedurali[...] e non già limiti sostanziali[...].” Sul punto v. anche P. Chiassoni, *Lo stato laico secondo madre chiesa. Libertà religiosa e libertà di coscienza in una società liberal-democratica*, in «Ragion pratica», 28/giugno 2007, pp. 77 – 103.

fondamentali di un individuo”³⁰⁵; tale insieme di precetti e convinzioni morali deve poter essere costruito autonomamente da ogni soggetto, che dovrà al contempo poter agire secondo i dettami che tale insieme impone. Gli elementi dell’insieme potranno, chiaramente, essere di indole religiosa ma nulla esclude opzioni di tipo a-religioso o anti-religioso³⁰⁶.

La *libertà di religione*, a questo punto, sembrerebbe derivare il proprio contenuto dalla definizione di “religione”³⁰⁷. Si è visto nel capitolo precedente come alcune caratteristiche intrinseche delle religioni comportino problemi pratici particolari a livello sociale ma anche la Corte EDU sembra orientata a superare una stretta distinzione teorica tra libertà religiosa e libertà di coscienza, privilegiando la valutazione caso per caso di ogni credo “riconducibile a una seria opzione di coscienza”³⁰⁸. A conferire specificità alla libertà religiosa rispetto alla libertà di coscienza provvede, però, il secondo periodo dell’art. 9.1. che contiene un’elencazione degli aspetti di esercizio della libertà di religione tutelati dalla norma. In particolare, la disposizione in commento fa riferimento alla libertà

³⁰⁵ Ivi, p. 52. L’opinione individuale dei giudici Vučinić e De Gaetano nel caso CEDU, 15 gennaio 2013, *Enweida e altri c. Regno Unito* è emblematica in tal senso: “Conscience – by which is meant moral conscience – is what enjoins a person at the appropriate moment to do good and to avoid evil. In essence it is a judgment of reason whereby a physical person recognises the moral quality of a concrete act that he is going to perform, is in the process of performing, or has already completed. This rational judgment on what is good and what is evil, although it may be nurtured by religious beliefs, is not necessarily so, and people with no particular religious beliefs or affiliations make such judgments constantly in their daily lives. The pre-eminence (and the ontological roots) of conscience is underscored by the words of a nineteenth century writer who noted that “...Conscience may come into collision with the word of a Pope, and is to be followed in spite of that word.” Il riferimento dei due giudici è a J. H. Newman, *A letter to His Grace the Duke of Norfolk*, C.P.S. (New York), 1875, p.71.

³⁰⁶ Esemplare sul punto il celebre caso CEDU, 12 ottobre 1978, *Arrowsmith c. Regno Unito*. È il caso di una pacifista britannica condannata per aver distribuito volantini inneggianti all’obiezione di coscienza a soldati destinati all’Irlanda del Nord. La Arrowsmith fece ricorso alla Corte EDU lamentando violazione della propria libertà di pensiero, coscienza e religione, in quanto il proprio pacifismo era a tutti gli effetti assimilabile ad una vera e propria credenza. La tesi fu avallata dalla Corte di Strasburgo che ritenne il pacifismo tutelabile dall’insieme di garanzie poste dall’art. 9. Il caso è analizzato, tra gli altri, da: M. Ventura, *Conclusioni. La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi*, in R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 293 – 362, pp. 312 e ss; M. D. Evans, *Freedom of Religion and the European Convention on Human Rights: approaches, trends and tensions*, in P. Cane – C. Evans – Z. Robinson (eds.), *Law and Religion in Theoretical and Historical Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 291 – 315, pp. 294 – 295.

³⁰⁷ Le difficoltà che la Corte di Strasburgo ha riscontrato in tal senso sono ben riassunte da W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, cit., pp. 425 – 426.

³⁰⁸ M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, cit., p. 161.

di cambiare religione o credo nonché alla libertà di manifestare il proprio credo individualmente o collettivamente (in pubblico o in privato), mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti³⁰⁹.

3.2. La distinzione *forum internum*/*forum externum* e i limiti legali all'esercizio della libertà religiosa ex art. 9.2.

Considerando le libertà protette dall'art. 9.1. CEDU non si può fare a meno di accennare quantomeno alla fondamentale distinzione tra quello che viene definito (e protetto come) *forum internum* e quello che, invece, viene definito (e protetto come) *forum externum*.

Il *forum internum* rappresenta la sfera delle convinzioni interiori di ciascun individuo, che, dal punto di vista giuridico, esige una protezione assoluta e, in effetti, sono poche le pronunce della Corte di Strasburgo che riguardano la definizione di *forum internum* e l'inviolabilità dello stesso³¹⁰.

Il *forum externum* racchiude, invece, quelle situazioni in cui una persona sente il bisogno di agire (quindi di produrre atti percepibili all'esterno) in accordo con le convinzioni che nutre. Si è visto nel paragrafo precedente come l'art. 9.1. contenga un'elencazione degli atti religiosamente connotati protetti giuridicamente tra i quali riveste

³⁰⁹ L'elencazione sembrerebbe essere esemplificativa così come notato da M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 161, sebbene vi sia chi, in realtà, la interpreta come tassativa (in tal senso cfr. F. Arlettaz, *Religión, libertades y Estado. Un estudio a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Icaria editorial, Barcellona, 2014, p. 115, nonché C. Evans, *Freedom of Religion*, cit., p. 106, la quale sottolinea come nonostante la tassatività dell'elenco, il termine *pratiche* sia tanto generale da lasciare aperti ampi spazi di manovra all'interprete).

³¹⁰ Una sentenza interessante a tal riguardo è CEDU, 13 aprile 2006, *Kosteski c. Ex Repubblica ingoslava di Macedonia*, in cui la Corte di Strasburgo ha evidenziato come "the notion of the State sitting in judgment on the state of a citizen's inner and personal beliefs is abhorrent and may smack unhappily of past infamous persecutions" (par. 39). Cfr. sul punto M. D. Evans, *Freedom of Religion and the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 293 – 295 e ID., *Manual sobre el uso de símbolos religiosos en lugares públicos*, Laoconte editorial, Pamplona, 2010, p. 14.

particolare importanza la manifestazione individuale o collettiva del credo. È dalla corretta interpretazione del termine “manifestazione” che dipende, con ogni probabilità, un’adeguata applicazione dell’art. 9 CEDU. La stessa Convenzione elenca quattro forme concrete di manifestazione del credo: il culto, l’insegnamento, la pratica e l’osservanza. Il termine *pratica*, chiaramente, lascia aperte le porte ad una miriade di azioni connotate religiosamente ma è fuor di dubbio che il ricorso alla Corte EDU debba comunque fondarsi sulla dimostrazione di un impedimento relativo a queste quattro forme di manifestazione³¹¹. La questione più complicata da risolvere è, però, quella relativa a quando una condotta possa definirsi religiosamente connotata: la Corte deve fondare il proprio giudizio semplicemente sull’analisi dei fatti o deve andare più a fondo accettando, ad esempio, che un atto possa essere religiosamente connotato da un punto di vista soggettivo?³¹² Entrambe le soluzioni prestano il fianco a derive pericolose: soggetti che vedono eccessivamente ristretta la possibilità di manifestare le proprie convinzioni più intime da un lato, altri soggetti che approfittano in mala fede del diritto protetto dall’art. 9 per fini illeciti³¹³. La questione è aperta ma un punto incontrovertibile sembra essere quello secondo cui non tutte le attività motivate o ispirate da una credenza religiosa sono necessariamente protette dall’art. 9.1³¹⁴. Atti o omissioni che non esprimono direttamente la credenza o che sono connessi in maniera remota ai precetti di fede sono chiaramente esclusi dall’ambito di protezione della disposizione in commento³¹⁵.

³¹¹ M. D. Evans, *Manual sobre el uso de símbolos religiosos en lugares públicos*, cit., p. 19.

³¹² Ivi, p. 20.

³¹³ Sul punto v. ampiamente M. Atienza – J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, Editorial Trotta, Madrid, 2006.

³¹⁴ F. Arlettaz, *Religión, libertades y Estado*, cit., p. 120. Cfr. sul punto CEDU, 1 luglio 1997, *Kalaç c. Turchia* e CEDU.

³¹⁵ W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, cit., p. 431.

3.3. I limiti legali all'esercizio della libertà religiosa ex. art. 9.2.

Al pari di ogni altro diritto fondamentale sancito nella Convenzione la libertà di pensiero, coscienza e religione è sottoposta ai limiti previsti dagli artt. 15, 16 e 17³¹⁶. L'art. 9.2 della Convenzione elenca, invece, le restrizioni specifiche che possono incidere su tale libertà.

Come fa notare giustamente Toscano, le limitazioni previste dall'art. 9.2. “incidono su un ambito oggettivo non coincidente, perché più ristretto, con quello di cui al § 1 dello stesso articolo”, sottolineando come tali limitazioni riguardino solo ed unicamente la libertà di manifestare liberamente la propria religione o il proprio credo³¹⁷.

Innanzitutto, le limitazioni devono essere “*stabilite dalla legge*”, ovvero qualsivoglia interferenza con il diritto fondamentale alla libera manifestazione della propria religione e del proprio credo deve essere sancita attraverso un atto normativo riconosciuto nell'ordine legale nazionale, che sia scritto o non-scritto come quello proveniente dall'interpretazione operata da una Corte nazionale in Paesi di *common law* ³¹⁸. L'atto normativo deve essere genuino e riconoscibile: il riferimento è, insomma, alla nozione

³¹⁶ L'art. 15 – “Deroga in caso di stato d'urgenza” sancisce che “1. In caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. 2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7. 3. Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione.” L'art. 16 (“Restrizione all'attività politica degli stranieri”) stabilisce invece che “Nessuna delle disposizioni degli articoli 10, 11 e 14 può essere interpretata nel senso di proibire alle Alte Parti contraenti di imporre restrizioni all'attività politica degli stranieri.” L'art. 17 (“Divieto dell'abuso di diritto”), infine, prevede che “Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione.”

³¹⁷ M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 166.

³¹⁸ W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, cit., p. 435.

generale di “*rule of law*”³¹⁹, il cui intento principale è quello di garantire i diritti fondamentali dell’individuo da interferenze dell’autorità nazionale che si rivelino immotivate ed arbitrarie³²⁰.

Le uniche limitazioni (come detto, stabilite dalla legge e) consentite dalla norma convenzionale sono quelle applicate per il perseguimento di un fine legittimo, ovvero per proteggere la “sicurezza pubblica”, l’ “ordine pubblico”, la “salute” o la “morale pubblica”, o ancora quelle che trovano giustificazione nella “protezione dei diritti e delle libertà altrui”. Tale elenco deve ritenersi tassativo e solitamente la Corte non si intrattiene molto su questi profili, attestandosi sulle posizioni espresse dalla normativa statale di riferimento³²¹.

Le limitazioni, infine, devono essere necessarie “in una società democratica”, ovvero devono essere finalizzate alla tutela di interessi contestualizzati in un sistema istituzionale caratterizzato dalla democraticità³²². Questo elemento è tenuto molto in considerazione dalla Corte e si risolve, nella maggior parte dei casi, in una verifica di proporzionalità tra il mezzo adottato dallo Stato e il fine perseguito³²³.

Questa bipartizione tra la libertà religiosa protetta ex art. 9.1. e le limitazioni a tale libertà previste dall’art. 9.2. si riflette sul modo di ragionare della Corte che ha adottato (e continua ad adottare) un meccanismo bifasico nei suoi giudizi intorno a tale disposizione nel suo complesso. La prima fase consiste nel prendere in considerazione la condotta del

³¹⁹ V. sul punto i contributi (tutti in «Rivista di filosofia del diritto», 1/2014) di V. Omaggio, *Il rule of law e la legalità globale* (pp. 65 – 76); M. Krygier, *Inside the Rule of Law* (pp. 77 – 98); S. Cassese, “Una furiosa espansione della legge”? *Spazio giuridico globale e rule of law* (pp. 109 – 122); nonché il recente testo di G. Pino – V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L’ideale della legalità*, il Mulino, Bologna, 2016.

³²⁰ W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, cit., p. 436.

³²¹ F. Arlettaz, *Religión, libertades y Estado*, cit., p. 151.

³²² M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, cit., p. 167.

³²³ F. Arlettaz, *Religión, libertades y Estado*, cit., p. 151.

ricorrente per verificare se la stessa possa ricondursi nell'ambito della manifestazione della libertà religiosa. Una volta riscontrato l'esito positivo di questa parte del giudizio, nella seconda fase la Corte valuta se la restrizione denunciata dal ricorrente si attiene ai tre requisiti previsti dall'art. 9.2. In caso di risposta positiva, la Corte considera legittima la restrizione; in caso contrario, la stessa propenderà per l'avvenuta violazione della libertà religiosa³²⁴.

³²⁴ Ivi, p. 146.

4. DISCRIMINAZIONE E FATTORE RELIGIOSO

4.1. Il divieto di discriminazione ex art. 14 CEDU

Quasi tutti i ricorsi presentati alla Corte di Strasburgo per presunta violazione della libertà religiosa si fondano sul combinato disposto dell'appena descritto art. 9 e dell'art. 14, rubricato "Divieto di discriminazione"³²⁵. Tale articolo stabilisce che:

"Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione."

Discriminare significa trattare diversamente soggetti che si trovano in situazioni analoghe senza una giustificazione oggettiva e ragionevole³²⁶. In effetti, i due elementi definitori del diritto umano alla non discriminazione sono: a) vincolo al valore dell'eguaglianza davanti alla legge, che consiste poi in un doppio vincolo al principio di eguaglianza e al principio di legalità con la conseguente proibizione di trattamenti arbitrari da parte dell'autorità; b) capacità del diritto alla non discriminazione di rendere effettiva la titolarità e l'esercizio effettivo di diritti di altra indole (civili, sociali e politici)³²⁷.

³²⁵ Sul combinato disposto v. R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 297 – 298.

³²⁶ W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, cit., p. 564. Cfr. sul punto D. Morondo Taramundi, *To Discriminate to Fight Discrimination. Paradox or Abuse?*, in S. Smet – E. Brems, *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 112 – 129, p. 128 secondo la quale "The term 'discrimination' has, in effect, two uses: an initial definition that could be considered 'logical' or 'mathematical', in which discrimination is synonymous of distinguishing or differentiation, and a 'political' definition in which discrimination is synonymous of inequality motivated by prejudice and stereotypes". Una buona ricostruzione giuridico-politica del divieto di discriminazione con riferimento al fattore religioso è offerta da J. Rodríguez Zepeda, *Laicidad y discriminación*, Colección de quaderno "Jorge Carpizo", Para entender y pensar la laicidad, n. 18, Instituto de investigaciones jurídicas, Mexico, 2013.

³²⁷ J. Rodríguez Zepeda, *Laicidad y discriminación*, cit., p. 6.

L'art. 14, che stabilisce il divieto di discriminazione nell'esercizio di diritti riconosciuti dalla Convenzione, svolge un ruolo ancillare rispetto ad altre disposizioni convenzionali e la sua rilevanza è condizionata dalla violazione di uno di tali diritti³²⁸.

Nel c.d. *Caso linguistico belga* la Corte di Strasburgo ha avuto modo di definire alcuni principi relativi all'art. 14 che utilizza tutt'oggi:

1. Non può aversi autonoma applicazione dell'art. 14 essendo la sua portata definita dalle libertà sostanziali tutelate da altre disposizioni convenzionali (*natura sussidiaria dell'art. 14*)³²⁹;
2. La norma che emerge dall'interpretazione della disposizione di cui all'art. 14 non è impeditiva di ogni differenza di trattamento ma solo di discriminazioni illegittime (non sono, ad esempio, vietate misure volte, tramite l'introduzione di regimi differenziati, ad appianare le differenze esistenti a livello sociale);
3. La legittimità di una differenza di trattamento è valutata attraverso la giustificazione dell'azione che deve presentarsi come "oggettiva e ragionevole" (ispirata, dunque, dal perseguimento di un fine legittimo), nonché dalla proporzionalità presente tra il fine legittimo perseguito e i mezzi impiegati³³⁰;

³²⁸ Ivi, p. 556. Di più ampio respiro è, invece, l'art. 1 del Protocollo n. 12, rubricata "Divieto generale di discriminazione": "Il godimento di ogni diritto disposto da una legge sarà garantito senza alcuna discriminazione per motivi di sesso, razza, colore, lingua, religione, opinione politica o altra opinione, origine nazionale o sociale, associazione ad una minoranza nazionale, proprietà, nascita o ogni altra condizione". L'autonoma giustiziabilità di questa disposizione, che amplia la tutela sancita dall'art. 14, ha generato i timori degli Stati europei che hanno palesato molte remore nella ratifica del protocollo.

³²⁹ Cfr. W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, cit., pp. 562 – 564.

³³⁰ Sulla differenza tra discriminazioni legittime ed illegittime v. C. S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2013, pp. 419 – 425.

4. Al fine di esprimere una valutazione circa la proporzionalità tra il fine legittimo e i mezzi impiegati si utilizza lo strumento del margine di apprezzamento delle autorità statali³³¹.

Se si guarda all'art. 14 dalla prospettiva del fattore religioso possono aversi due tipi di discriminazione: la discriminazione nell'esercizio della libertà religiosa e la discriminazione per motivi religiosi.

La *discriminazione nell'esercizio della libertà religiosa* si ha quando lo Stato, con riferimento alla libertà religiosa, stabilisce differenze di trattamento di individui o gruppi non oggettivamente giustificate. La discriminazione, insomma, si verifica allorché viene violato il diritto di tutti gli individui e i gruppi ad essere trattati, nell'esercizio della loro libertà religiosa, senza distinzioni arbitrarie³³². Come evidenziato da Arlettaz, con riferimento a questa prima tipologia di discriminazione la “chiave di lettura” è proprio il concetto di *arbitrarietà*, che consente di discernere tra le distinzioni legittime e illegittime³³³. Centrale, dunque, risulta il terzo principio elaborato dalla Corte di Strasburgo nel *Caso linguistico belga*: una giustificazione è oggettiva e ragionevole quando il trattamento differente persegue una finalità legittima e utilizza mezzi proporzionati al perseguimento di tale finalità. Si ricordi, però, che la Convenzione non impone agli Stati l'adozione di misure positive (es. riconoscimento di effetti civili a matrimoni religiosi o garanzia dell'educazione religiosa nella scuola pubblica); ovviamente, però, se lo Stato adotta tali misure per determinate categorie di cittadini sarà chiamato ad estenderle a tutti i cittadini in virtù del principio di

³³¹ Riprendo qui lo schema elaborato da M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., pp. 274 - 275.

³³² F. Arlettaz, *Religión, libertades y Estado*, cit., p. 158.

³³³ Ivi, p. 159.

eguaglianza che si evince dall'art. 14³³⁴. Il principio antidiscriminatorio, così inteso, sarà volto anche e soprattutto ad eliminare i privilegi accumulati da alcune maggioranze o gruppi dominanti³³⁵.

La *discriminazione per motivi religiosi*, invece, si ha quando la differenza di trattamento basata sulla religione è carente di una giustificazione oggettiva e ragionevole³³⁶. Una delle conseguenze estreme di questo tipo di discriminazione sarebbe quella della classificazione degli individui sulla base delle credenze religiose. Ricadrebbero, a mero titolo esemplificativo, nella stessa tipologia di discriminazione anche l'imposizione statale di appartenere o non appartenere ad un determinato gruppo religioso per accedere a cariche pubbliche³³⁷ o il licenziamento per motivi religiosi³³⁸.

4.2. Discriminazione diretta e discriminazione indiretta

Le considerazioni svolte nel capitolo precedente sul valore dell'eguale considerazione e rispetto nello Stato costituzionale di Diritto (par. 3.2.) costituiscono una buona base di partenza per analizzare un'importante distinzione formulata dalla Corte di Strasburgo in materia di diritto antidiscriminatorio.

Nel paragrafo precedente si è detto che discriminare significa trattare differentemente soggetti che si trovano in situazioni analoghe senza una giustificazione oggettiva e ragionevole. Può dirsi conseguentemente che lo scopo principale del diritto della non discriminazione consiste nel garantire a tutti gli individui di accedere in maniera equa e

³³⁴ Ivi, p. 161.

³³⁵ È questa, ad esempio, la lettura del principio antidiscriminatorio proposta da D. Morondo Taramundi, *El principio de laicidad y el principio antidiscriminatorio en la discusión sobre la libertad religiosa*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2013, pp. 587 – 619.

³³⁶ F. Arlettaz, *Religión, libertades y Estado*, cit., p. 161.

³³⁷ Cfr. CEDU, 6 aprile 2000, *Thlimmenos c. Grecia*.

³³⁸ Cfr. CEDU, 12 aprile 2007, *Ivanova c. Bulgaria*.

paritaria alle opportunità offerte dalla società³³⁹. Per garantire tale diritto la Corte di Strasburgo ha elaborato due diversi divieti imposti agli Stati aderenti: l'uno consiste nel divieto di discriminazione diretta; l'altro, invece, è il divieto di discriminazione indiretta.

4.2.1. Discriminazione diretta

Soggetti che si trovano nella medesima situazione devono, in linea di principio, ricevere lo stesso trattamento, a prescindere dal fatto di possedere o meno una caratteristica ritenuta “protetta”³⁴⁰. In tutti quei casi in cui situazioni identiche (o, come ha avuto modo di specificare la Corte, quantomeno “simili”) non vengano regolate uniformemente dal diritto interno, ci si troverà ad una *discriminazione diretta*. Il dis-valore attribuito a tali pratiche è superabile solo ed unicamente attraverso una giustificazione che si presenti oggettiva e ragionevole. La Corte di Strasburgo definisce così la discriminazione diretta: “differenza nel trattamento riservato a persone che si trovano in situazioni analoghe o significativamente simili, basata su una caratteristica identificabile”³⁴¹.

Primo elemento fondamentale della discriminazione diretta è, dunque, il *trattamento sfavorevole* riservato ad una persona; esempio paradigmatico per la materia da me trattata è quello del divieto di indossare determinati simboli religiosi³⁴². Secondo elemento fondamentale della discriminazione diretta è, invece, il *termine di confronto*, ovvero la situazione di un soggetto che si trovi in condizioni materiali paragonabili a quelle del

³³⁹ *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Agenzia dell'Unione Europea per i diritti fondamentali, 2010, p. 23.

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ *Ivi*, p. 24. Cfr. CEDU, 16 marzo 2010, *Carson e altri c. Regno Unito*; CEDU, 13 novembre 2007, *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*; CEDU, 29 aprile 2008, *Burden c. Regno Unito*.

³⁴² *Ivi*, p. 25.

presuntivamente discriminato e che da lui si distanzi per la caratteristica che forma oggetto del divieto di discriminazione³⁴³. Chiaramente, e qui mi dirigo al terzo elemento della discriminazione diretta, ovvero il *motivo* della discriminazione, non può prescindere da una verifica della ragione che sta alla base del trattamento sfavorevole: potrà rilevarsi discriminazione diretta solamente quando il motivo del differente trattamento “non è separabile dal particolare fattore oggetto di doglianza”³⁴⁴.

4.2.2. Discriminazione indiretta

La discriminazione indiretta si ha quando un medesimo trattamento è riservato a soggetti che si trovano in situazioni differenti. Nei casi di discriminazione indiretta anziché soffermarsi sul trattamento, come avviene in relazione ai casi di discriminazione diretta, è opportuno guardare agli effetti che tale trattamento produce³⁴⁵. La Corte di Strasburgo ha definito la discriminazione indiretta come quella differenza di trattamento, consistente in una politica o misura generale dello Stato, la quale “pur formulata in termini neutri, produce una discriminazione nei confronti di un determinato gruppo”³⁴⁶.

Primo elemento fondamentale della discriminazione indiretta è costituito da una *disposizione, criterio o prassi apparentemente neutri*, come condizione applicabile a tutti i soggetti indistintamente³⁴⁷. Il secondo elemento è costituito dall'idoneità della disposizione, criterio o prassi a porre un “gruppo protetto” in *posizione di particolare svantaggio*; in questo senso la discriminazione indiretta, rispetto a quella diretta, sposta

³⁴³ Ibidem.

³⁴⁴ Ivi, p. 26.

³⁴⁵ Ivi, p. 32.

³⁴⁶ Ivi, p. 32. Cfr. CEDU, 13 novembre 2007, *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*; CEDU, 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia*; CEDU, 20 giugno 2006, *Zarb Adami c. Malta*.

³⁴⁷ Ibidem.

l'attenzione del giudice dalla differenza di trattamento alla differenza di effetti³⁴⁸. Terzo ed ultimo elemento della discriminazione indiretta (comune, peraltro alla discriminazione diretta) è il *termine di confronto*, utile in questo caso al giudice per stabilire se l'effetto della disposizione, del criterio o della prassi è significativamente più negativo rispetto a quello prodotto su altri soggetti che si trovano in situazione analoga³⁴⁹.

4.2.2.1. *Excursus*. Le misure specifiche o azioni positive e la loro giustificazione in termini morali.

Per prevenire forme di discriminazione indiretta è auspicabile che governi, datori di lavoro e prestatori di servizi adottino provvedimenti idonei ad adeguare disposizioni, criteri e prassi alle differenze esistenti tra i loro destinatari; tali misure vengono definite, nell'ambito dell'Unione Europea, “misure specifiche” o “azioni positive”³⁵⁰. Discostandosi da una concezione puramente formale della parità, si mira, attraverso l'adozione di tali misure, al riconoscimento e alla garanzia di una “parità di fatto” tra soggetti che si trovano in situazioni che esigono un trattamento differenziato. La mancata adozione di tali misure da parte dei governi, dei datori di lavoro e dei prestatori di servizi aumenta il rischio di discriminazioni indirette. Nel famoso caso *Thlimmenos c. Grecia*³⁵¹, la Corte di Strasburgo, ad esempio, ebbe modo di affermare che “il diritto di non subire discriminazioni nel godimento dei diritti riconosciuti dalla Convenzione è violato anche

³⁴⁸ Ivi, p. 33.

³⁴⁹ Ivi, p. 34. Alcune criticità della nozione di ‘discriminazione indiretta’ elaborata dalla Corte di Strasburgo sono segnalate da J. Gerards, *The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights*, in «Human Rights Law Review», 13 (2013), pp. 99 – 124. In particolare, Gerards segnala come “The concept of indirect discrimination is surrounded by complexities and difficulties, varying from the selection of the relevant group of comparison to the determination of statistic disproportionalities” (p. 118).

³⁵⁰ *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, cit., p. 39.

³⁵¹ *Supra* n. 50.

quando gli Stati [...]non riservano un trattamento diverso a persone che si trovano in situazioni significativamente diverse”.

Le misure specifiche e le azioni positive consistono in casi di “discriminazione inversa” o, per dirla con le parole di Ronald Dworkin, di “discriminazione alla rovescia”³⁵². Proprio Dworkin, infatti, affrontò un caso molto famoso (c.d. *Caso DeFunis*) in cui un ebreo di nome DeFunis vide respinta la propria domanda di ammissione alla facoltà di giurisprudenza dell’Università di Washington. Tale Università esigeva per talune minoranza (neri, filippini, messicani e nativi americani) votazioni più basse per essere ammessi al ciclo di studi. DeFunis, in ragione di ciò, chiese alla Corte Suprema di dichiarare illegittima, in quanto contraria al Quattordicesimo Emendamento, la pratica dell’Università di pretendere votazioni inferiori solo per gli appartenenti a certe minoranze e non ad altre. Il caso viene utilizzato da Dworkin per dimostrare come non tutti i casi di discriminazione inversa, consistenti appunto nell’adozione di misure specifiche volte a tutelare soggetti che per uno *status* personale si trovano in situazioni obiettive di svantaggio, debbano ritenersi incompatibili con il principio di eguale considerazione e rispetto di tutti gli individui. In realtà, Dworkin utilizza proprio il concetto di *trattamento*, operando una distinzione di rilevante interesse teorico tra il diritto ad un ‘eguale trattamento’ e il diritto ad un ‘trattamento eguale’, per dimostrare come una buona teoria morale dell’eguale considerazione e rispetto renda addirittura necessaria l’adozione di tali misure.

Il diritto a un *eguale trattamento* è il “diritto a un’eguale distribuzione di alcune opportunità, risorse od oneri”. Il diritto a un *trattamento eguale* consiste, invece, nel “diritto

³⁵² R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 2010, pp. 323 – 345. Cfr. sul punto M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013, pp. 788 – 793.

di essere trattato con gli stessi rispetto e considerazione di ogni altra persona”³⁵³. Come affermato da Dworkin mentre “il diritto a un trattamento eguale è fondamentale[...], il diritto a un eguale trattamento è derivato” poiché “in alcune circostanze, ma non in tutte, il diritto a un trattamento eguale impone limiti al diritto a un eguale trattamento”³⁵⁴. Una delle modalità di attuazione dell’eguale considerazione e rispetto di tutti gli individui da parte dello Stato è quella dell’introduzione di misure volte a tutelare in maniera specifica categorie di soggetti che nei fatti sono svantaggiati. È dunque opportuno chiedersi, quando si è dinanzi ad azioni positive da parte dello Stato, quali siano le ragioni che giustificano una particolare attenzione alle esigenze di determinate categorie di soggetti. La ragione morale ultima di un tale atteggiamento da parte dello Stato è l’esigenza di porre rimedio ad una *situazione di svantaggio* di alcuni soggetti, la quale non può essere trattata con considerazione minore rispetto alla *situazione di vantaggio* del resto della comunità³⁵⁵. Di qui il rifiuto dworkiniano di una visione meramente “utilitaristica” dell’azione governativa a vantaggio, invece, di quella che lui definisce “ideale”. L’argomento che deve essere utilizzato per censurare od elogiare una politica pubblica d’incentivo di determinate categorie non può consistere in un mero calcolo utilitaristico dei suoi costi e benefici(es. DeFunis è più capace del messicano che è stato ammesso al ciclo universitario, dunque, in termini di benessere generale legato ai meriti e alla competenza, la comunità nel suo complesso otterrebbe un beneficio maggiore dall’ammissione di DeFunis), ma un argomento di principio secondo il quale determinati criteri di giustizia sostanziale pretendono che anche individui in condizioni di svantaggio possano accedere in maniera identica alla maggioranza dei cittadini alle opportunità offerte dalla società. Nonostante,

³⁵³ Ivi, p. 328.

³⁵⁴ Ibidem.

³⁵⁵ Ivi, p. 329.

infatti, l'argomento utilitaristico secondo cui una politica è giustificata se riesce a soddisfare il maggior numero di preferenze generali sembra essere un argomento *prima facie* perfettamente aderente ad un criterio egualitario perfettamente imparziale, deve comunque fare i conti con una differenza tra *preferenze personali* (“per il godimento di qualche bene o di un’opportunità”) e *preferenze esterne* (“per l’assegnazione di beni e opportunità ad altri”) non sempre conciliabili³⁵⁶. Come afferma Dworkin, infatti:

“In tutte le comunità in cui il pregiudizio contro una particolare minoranza è forte, le preferenze personali sulle quali l’argomento utilitaristico si fonda saranno impregnate da quel pregiudizio: ne consegue che in tali comunità nessun argomento utilitaristico che pretenda di giustificare uno svantaggio per quella minoranza potrà essere giusto.”³⁵⁷

³⁵⁶ Ivi, p. 338.

³⁵⁷ Ivi, p. 341.

5. IL DIRITTO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO COME PRATICA SOCIALE

Nei paragrafi precedenti si è offerto un quadro generale della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e di quelle disposizioni (art. 9 e art. 14) che fungono, generalmente, da parametri normativi di riferimento per la protezione della libertà di pensiero, coscienza e religione davanti alla Corte di Strasburgo. La Corte EDU, in effetti, svolge un ruolo di primaria importanza per la tutela delle suddette libertà ed ha costruito nel corso degli anni percorsi interpretativi ed argomentativi innovativi per la loro garanzia effettiva. Prima di giungere all'analisi di tali strutture è, però, opportuno chiarire alcune caratteristiche tecniche del consesso francese e domandarsi se il ruolo svolto dalla Corte di Strasburgo possa essere comparato a quello di un Tribunale costituzionale. L'interrogativo è di grande importanza se si pensa che l'intero discorso portato avanti nei primi tre capitoli della tesi ha avuto come modello di riferimento lo Stato costituzionale di diritto. È rilevante comprendere se la Corte EDU presenti le caratteristiche proprie dei Tribunali costituzionali per ipotizzare l'estensione a tale Corte del modello del Diritto come pratica sociale nello Stato costituzionale. Se tale ipotesi risultasse vera, infatti, sarebbe di conseguenza più facilmente ipotizzabile la costruzione, a livello europeo, di un concetto interpretativo di laicità.

Si è detto in precedenza (cap. 3, par. 2.3.) come la pratica applicativa del Diritto in cui è incluso il concetto interpretativo di laicità è quella del Diritto nello Stato costituzionale. È evidente come alla Corte di Strasburgo manchi un elemento cardine della pratica sociale del Diritto nello Stato costituzionale, consistente nel riferimento

territoriale ad uno Stato sovrano munito di costituzione³⁵⁸. Non mancano, tuttavia, alla Corte elementi utili a configurarla come centro di decisione che agisce in un contesto quantomeno equiparabile allo Stato costituzionale di diritto.

La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo è volta, al pari delle costituzioni nazionali, alla tutela di diritti umani fondamentali³⁵⁹; pertanto, la Corte EDU assume un ruolo chiave nella garanzia effettiva di tali diritti costruendo concezioni giustificative ed argomentative intorno a tali diritti, ovvero teorie normative chiamate ad offrire ragioni a sostegno di una determinata interpretazione delle disposizioni convenzionali³⁶⁰.

5.1. La Corte di Strasburgo

La Corte di Strasburgo, istituita “in modo permanente” dalla stessa Convenzione “per assicurare il rispetto degli impegni derivanti” ai Paesi contraenti (art. 19), ha competenza giurisdizionale su tutte le questioni inerenti l’interpretazione e l’applicazione del Convegno e dei suoi Protocolli, che vengano ad essa sottoposte sotto forma di ricorsi interstatali o individuali.

³⁵⁸ Non che tale caratteristica sia idonea di per sé ad identificare uno Stato costituzionale di diritto. Sul punto cfr. J. Aguiló Regla, *Interpretación constitucional. Algunas alternativa teóricas y una propuesta*, in «DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 35 (2012), pp. 236 – 258, pp. 252 e ss.

³⁵⁹ V. sul punto B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2013. Come ricorda Celano, “I diritti in questione [...] sono concepiti e qualificati come “fondamentali”, anzitutto, in ragione della loro *importanza*: dell’importanza che viene loro riconosciuta o attribuita (dell’importanza, cioè, delle attività, delle scelte, degli interessi, dei beni, o delle sfere di vita, che ne costituiscono l’oggetto, o il contenuto). E proprio in ragione della loro importanza, i diritti in questione sono ulteriormente concepiti e rappresentati come “fondamentali” perché

1. *Inviolabili*: diritti la cui violazione non è mai giustificata, sotto nessuna condizione (diritti che non possono legittimamente essere violati da parte dei poteri pubblici, o di terzi; ovvero, diritti il cui rispetto, e la cui garanzia, è condizione necessaria di legittimità dell’autorità politica).
2. *Inalienabili*: diritti non suscettibili di essere validamente trasferiti ad altri; in particolare, diritti dei quali gli esseri umani non possono validamente spogliarsi, neppure volendolo, neppure con il proprio consenso (diritti che appartengono a ciascuno in virtù di un legame così stretto da non poter essere rescisso neppure dalla volontà di colui al quale appartengono).
3. *Imprescrittibili*: non soggetti a prescrizione (diritti che non cessano di esistere, non vengono meno, anche se non si è affatto consapevoli di averli, né in ragione del loro mancato esercizio, della loro mancata rivendicazione, e meno che mai del loro mancato riconoscimento).” (p. 168)

³⁶⁰ J. Aguiló Regla, *Interpretación constitucional*, cit., p. 251n.

La formazione ordinaria della Corte è la Camera, composta da sette giudici, la quale può però demandare il giudizio ad una Grande Camera se considera che si ponga una questione importante relativa all'interpretazione della Convenzione o che la propria soluzione possa porsi in contrasto con una linea giurisprudenziale consolidata del Tribunale³⁶¹.

La Grande Camera è un consesso in composizione allargata, formata dal presidente della Corte, dai vicepresidenti e da ulteriori quattordici giudici.

L'art. 35 della Convenzione stabilisce, al par.1, che: “La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva.”. Sono qui racchiuse le due regole del previo esaurimento dei ricorsi interni, che conferisce, dunque, carattere sussidiario al controllo convenzionale³⁶², e dell'osservanza del termine improrogabile di sei mesi per proporre ricorso, che decorre a partire dalla data di notifica o conoscenza della decisione finale interna³⁶³.

I ricorsi sono, dunque, sottoposti ad un rigido controllo di ammissibilità della questione³⁶⁴, secondo i criteri previsti dagli artt. 34 e 35 della Convenzione. Oltre ai due filtri già analizzati, la Corte non dovrà ammettere: le domande anonime; le domande individuali che siano incompatibili con le disposizioni del Convegno o dei suoi Protocolli; le domande manifestamente infondate o abusive.

³⁶¹ J. Casadevall, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, cit., pp. 79 – 83.

³⁶² Ivi, pp. 90 -96.

³⁶³ Ivi, pp. 97 – 98.

³⁶⁴ Incrementato, peraltro, nella recente riforma che ha modificato gli artt. 26 e 27 della Convenzione, istituendo la figura del “Giudice Unico”, con competenza limitata a decisioni di ammissibilità della domanda.

Una volta dichiarata ammissibile, si aprono i tentativi volti ad una risoluzione amichevole della controversia, in difetto della quale, la Camera (o la Gran Camera) si pronuncia sul merito della questione.

Secondo quanto previsto dall'art. 46, par 1, della Convenzione “Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti.” La sentenza, debitamente motivata, è adottata a maggioranza dei membri della Camera e, nel caso di non unanimità, coloro che hanno votato contro la decisione potranno esprimere la propria opinione separata, dissidente o concorde³⁶⁵. La sentenza ha effetto dichiarativo e si impone allo Stato come cosa giudicata, producendo peraltro effetti *erga omnes* quanto all'interpretazione e applicazione della Convenzione, “de tal manera que la jurisprudencia que resulta de la interpretación y aplicación de los derechos y las libertades garantizadas por el Convenio forma un todo con sus disposiciones”³⁶⁶.

Nel 2004, inoltre, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa adottò una risoluzione che invitava la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo a identificare, all'interno delle sentenze in cui viene constatata una violazione della Convenzione, l'origine di problemi strutturali nel Paese coinvolto. Le indicazioni, nell'ottica della risoluzione adottata, avevano il compito di evitare un gran numero di ricorsi sulle stesse questioni, aiutando lo Stato coinvolto a trovare soluzioni adeguate ai problemi sollevati. La reazione della Corte fu immediata e, nella sentenza *Broniowski c. Polonia*³⁶⁷, i giudici europei aprirono

³⁶⁵ J. Casadevall, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, cit., pp. 110 -111.

³⁶⁶ Ibidem.

³⁶⁷ CEDU, 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*. In essa i giudici analizzarono la situazione generale di malfunzionamento del sistema giudiziale polacco.

la strada a una serie di “sentenze pilota”, che saranno successivamente regolate dall’art. 61 del regolamento della Corte³⁶⁸.

5.1.1. Il ruolo costituzionale della Corte di Strasburgo

Nella già ricordata sentenza *Loizidou c. Turchia* la Corte di Strasburgo definì la Convenzione Europea dei Diritti dell’uomo “strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo”. È risaputo che a livello europeo non esista una *costituzione in senso formale*, cristallizzata cioè in un documento giuridico-politico promulgato al termine di una deliberazione costituente³⁶⁹ e che il maggior tentativo operato in tal senso si è risolto in un fracasso clamoroso³⁷⁰. Ciononostante, sia la dottrina internazionalistica che quella filosofico-giuridica hanno messo al centro della loro riflessione il processo di costituzionalizzazione che ha interessato l’Europa negli ultimi anni. In tale processo ha svolto, e continua a svolgere, un ruolo di primaria importanza la Corte di Strasburgo alla quale si imputa sempre più frequentemente una funzione di tipo costituzionale³⁷¹.

³⁶⁸ E. Nalin, *I Protocolli n. 15 e 16 della Convenzione Europea dei Diritti dell’uomo* in P. Martino (a cura di), *I giudici di common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d’America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 119 – 150, p. 120.

³⁶⁹ Riprendo qui la distinzione tra costituzione in senso formale e in senso materiale (o funzionale) operata da N. MacCormick, *Constitución supranacional: la distinción entre la constitución formal y la constitución material*, in J.L. Fabra Zamora – L. García Jaramillo (coord.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2015, pp. 105 – 113, p. 110 (in or. N. MacCormick, *Who’s Afraid of a European Constitution?*, Imprint Academic, Exeter, 2005, pp. 29 – 36).

³⁷⁰ Mi riferisco, ovviamente, al “Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa”, che si proponeva di rivedere i trattati fondativi dell’Unione Europea al fine di regolare in maniera chiara e coordinata le competenze e le istituzioni con potere decisionale in Europa, il cui processo di ratifica si è interrotto a seguito dei ‘no’ al referendum in Francia e in Olanda.

³⁷¹ V. in tal senso: J. Gerards, *The European Court of Human Rights*, in A. Jakab – A. Deyre – G. Itzcovich, *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 237 – 276; M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, Routledge, London and New York, 2010, pp. 172 – 179, 201 – 209, 245 – 279; S. Greer – L. Widhaber, *Revisiting the Debate about ‘constitutionalising the European Court of Human Rights’*, in «Human Rights Law Review», 12/2012, pp. 655 – 687; A. Stone Sweet, *The European Convention on Human Rights and National Constitutional Reordering*, in «Cardozo Law Review», 33/2012, pp. 1859 – 1868; S. J. Meyer, *The Constitutional Potential of the European Court of Human Rights*, in «NUJS Law Review», 5/2012, pp. 207 – 217; F. Tulkens, *Questioni teoriche e metodologiche sulla natura e l’oggetto delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell’uomo*, cit., pp. 88

La distinzione tra trattato e costituzione, ricordata da Michel Rosenfeld, costituisce, a mio modo di vedere, una buona base di partenza per affrontare la questione. Mentre i trattati “regolano relazioni esterne tra due o più sovrani”, le costituzioni “regolano relazioni interne ad un tutt’uno”³⁷². In tal senso, la Convenzione EDU costituirebbe un “ibrido” tra un trattato e una costituzione³⁷³. La natura ibrida della Convenzione deriverebbe dalla sua capacità di coniugare l’interstatalità (esterna) della relazione e una materia, quella dei diritti fondamentali, di natura tipicamente interna. È per questo che Rosenfeld afferma che la Convenzione EDU ha la forma del trattato da un lato, ma svolge la funzione di “parte di una costituzione” dall’altra³⁷⁴. Il riconoscimento, operato dalla Convenzione EDU, di diritti fondamentali che trovano ampie aree di intersezione con i diritti costituzionali riconosciuti dagli Stati, fa entrare di diritto la prima nella pratica sociale del Diritto di questi ultimi. È questo il collegamento più importante tra gli aspetti che definiscono una Costituzione e quelli che definiscono la Convenzione EDU: entrambe stipulano i diritti del soggetto che il governo è chiamato a rispettare.

Cambiano, chiaramente, a seconda che ci si confronti con il primo strumento di diritto pubblico o con il secondo, le modalità attraverso le quali essi provvedono ad una garanzia effettiva dei diritti. Mentre una Costituzione designa poteri e limiti del governo nell’esercitare le proprie prerogative sul popolo, la Corte Europea dei Diritti dell’uomo “costituzionalizza il diritto interno”³⁷⁵ elaborando linee guide in materia di *garanzia* dei diritti fondamentali attraverso lo strumento dell’interpretazione e argomentazione

– 89; A. Guazzarotti, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un’unione sempre più stretta*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 1/2016, pp. 381 e ss.

³⁷² M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject*, cit., p. 202. Inoltre, second Rosenfeld, “a constitution establishes, modifies or reestablishes a common unit with an identity of its own, while a treaty, in contrast, carves out a discreet common project among sovereign parties, with each retaining its own distinct identity”.

³⁷³ Ivi, p. 203.

³⁷⁴ Ibidem.

³⁷⁵ S.J. Meyer, *The Constitutional Potential of the European Court of Human Rights*, cit., p. 208.

giuridica. Tale costituzionalizzazione del diritto interno è oggi sempre più forte: basti pensare alle maggior parte dei Paesi europei che conforma le proprie *policies* ai dettami imposti dai giudici di Strasburgo³⁷⁶, condividendone, il più delle volte, le ragioni esposte nei percorsi argomentativi tracciati.

In precedenza si è detto che la svolta del Diritto inteso come pratica sociale sta nel non intendere più il Diritto solo ed unicamente nella sua dimensione autoritativa ma anche, e soprattutto, nella necessità della realizzazione dei valori racchiusi all'interno dei diritti fondamentali (cap. 3; par. 2.3.). È difficile negare il ruolo che svolge oggi la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tale direzione. La costruzione di apparati concettuali che contengono ragioni da utilizzarsi a sostegno di percorsi argomentativi volti alla protezione di diritti fondamentali è attribuzione tipica della Corte EDU, la quale permette ai giudici di Strasburgo di entrare a pieno titolo nella pratica sociale del Diritto nello Stato costituzionale. Se si guarda, infatti, agli strumenti interpretativi ed argomentativi utilizzati dalla Corte di Strasburgo, che si analizzeranno più da vicino nel prossimo paragrafo, è difficile non rendersi conto della loro affinità con quelli utilizzati dalle Corti costituzionali nazionali.

³⁷⁶ Ibidem. Sul punto concorda M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject*, cit., p. 202.

6. STRUMENTI ERMENEUTICI E METODI DI RAGIONAMENTO DELLA CORTE DI STRASBURGO

La Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo, come qualsiasi altro testo legislativo, richiede di essere interpretata, possibilmente sulla base di criteri ampiamente condivisi³⁷⁷. Uno di questi, o forse il più importante, è il criterio di interpretazione estensiva o evolutiva secondo il quale “il Convegno deve essere interpretato alla luce dei principi che prevalgono ai giorni nostri negli Stati democratici”³⁷⁸. Secondo il giudice Casadevall l'interpretazione evolutiva, intesa in questo senso particolare, “hay que verla estrechamente vinculada con los llamados *estándares europeos* o también con un eventual *denominador común de los derechos nacionales*”, specialmente in quelle materie di indole morale, etica e comportamentale che possono essere incluse in una scala di valori diversa a seconda dello Stato che si consideri³⁷⁹.

I criteri standard d'interpretazione della Convenzione restano, comunque, quelli indicati dalla Convenzione di Vienna agli artt. 31, 32 e 33: criterio di buona fede, conformità al senso corrente che si attribuisce ai termini in un determinato contesto, oggetto e finalità della norma, nonché circostanze di adozione della stessa e consultazione dei lavori preparatori³⁸⁰. A partire da questi criteri, i giudici di Strasburgo hanno elaborato una “metodologia interpretativa” della Convenzione incentrata principalmente

³⁷⁷ V. sul punto: G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007; F. Tulken, *Questioni teoriche e metodologiche sulla natura e l'oggetto delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit.; L. G. Loukaides, *The European Convention on Human Rights. Collected Essays*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, pp. 1 – 16; H. C. K. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Intersentia, Antwerp, 2011.

³⁷⁸ CEDU, 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*, par. 95. La sentenza è richiamata nel già citato J. Casadevall, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, cit., p. 135.

³⁷⁹ Ivi, p. 136.

³⁸⁰ Ivi, p. 137.

sull'interpretazione finalistica o teleologica della stessa³⁸¹. Come afferma Françoise Tulkens,

“su questo punto si nota una differenza netta con l'approccio assunto dai giudici nazionali, i quali ritengono, a giusto titolo, che non si può far dire tutto ad un testo. Noi pensiamo, al contrario, che bisogna fargli dire tutto ed a volte fargli dire anche di più”³⁸²

Pur non volendo aderire totalmente alle parole dell' ex giudice di Strasburgo, è fuori di dubbio che i giudici della Corte EDU abbiano avvertito la necessità di elaborare una serie di strumenti ermeneutici che li aiutasse nell'arduo compito di far dire tanto alle disposizioni convenzionali senza però turbare eccessivamente gli equilibri nazionali. Strumenti ermeneutici come l'interpretazione estensiva e l'interpretazione finalistica hanno infatti consentito ai giudici di Strasburgo di inaugurare una linea di sviluppo costante della garanzia dei diritti fondamentali, che ha però dovuto fare i conti con le resistenze nazionali all'interpretazione *autentica* di questi diritti da parte della Corte EDU. Se nel paragrafo precedente si è, infatti, evidenziato il ruolo costituzionale oltre che puramente giurisdizionale della Corte, si deve ammettere che la Corte anche e soprattutto in ambito interpretativo non agisce del tutto liberamente ma è chiamata piuttosto ad interpretare i diritti fondamentali contenuti nella Convenzione anche alla luce di come tali diritti (costituzionalizzati) sono interpretati all'interno degli Stati costituzionali europei.

La suddetta “metodologia interpretativa” della Corte è, dunque, una metodologia complessa che ha dovuto includere, accanto ai metodi interpretativi classici, anche una

³⁸¹ F. Tulkens, *Questioni teoriche e metodologiche sulla natura e l'oggetto delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 97.

³⁸² Ibidem.

serie di apparati che la rendessero maggiormente flessibile. Il riferimento principale a tal riguardo è a due dottrine, quella della “proporzionalità” e quella del “margine di apprezzamento” che analizzerò in maniera approfondita nei prossimi due paragrafi.

6.1. Principio di proporzionalità, ovvero la ponderazione dei diritti

Come visto, il principio di proporzionalità entra a far parte delle argomentazioni dei giudici di Strasburgo condotte con riferimento all’art. 9 CEDU attraverso la valutazione che gli stessi operano di quelle misure restrittive della libertà religiosa “necessarie in una società democratica” (*supra*, par. 3.2.2.). Tale questione necessita di un chiarimento ulteriore che presuppone, però, alcuni cenni al vastissimo tema della proporzionalità in generale.

Premesso che il principio di proporzionalità non è esplicitamente menzionato nella Convenzione EDU, né tantomeno nei suoi protocolli addizionali, tuttavia esso è stato spesso utilizzato come principio guida dai giudici di Strasburgo nella risoluzione di casi relativi a: 1) disposizioni del par. 2 degli artt. 8 a 11, nella misura in cui permettono restrizioni considerate necessarie in una società democratica; 2) proibizione di qualsiasi forma di discriminazione prevista nell’articolo 14; 3) protezione del diritto di proprietà sancito nell’art. 1 Protocollo n. 1; e, infine 4) limitazioni implicite dell’art. 6 sul giusto processo³⁸³. Uno dei casi in cui la Corte EDU utilizza il criterio di proporzionalità è quello (di mio interesse) in cui esistono all’interno della Convenzione “clausole restrittive specifiche”³⁸⁴. Non sempre è così. Si danno casi, infatti, in cui sebbene non vi sia una limitazione espressamente prevista al diritto in gioco, i giudici di Strasburgo sono

³⁸³ J. Casadevall, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, cit., pp. 142-143.

³⁸⁴ A. Barak, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Palestra Editorial, Lima, 2017, p. 213.

comunque chiamati ad utilizzare lo strumento della proporzionalità al fine di “ponderare” generalmente gli interessi in gioco e trovare tra essi un giusto equilibrio.

Generalmente, comunque, potrebbe affermarsi che il principio di proporzionalità, così come inteso dai giudici di Strasburgo, si basa sui criteri di *necessità in una società democratica*, di *necessità sociale imperiosa* e di *giusto equilibrio tra l'interesse generale e l'interesse individuale in gioco*, sebbene tale affermazione necessiti di alcuni chiarimenti dal punto di vista teorico.

6.1.1. Una premessa necessaria: la distinzione tra regole e principi

La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, come affermato già ampiamente in precedenza, è strumento posto a salvaguardia di diritti fondamentali, non ultimo quello riconosciuto dall’art. 9. Si è ipotizzato che la stessa Convenzione possa ricoprire un ruolo costituzionale a livello europeo e si è provata a mettere in evidenza la contiguità tra i diritti riconosciuti nella Convenzione e quelli riconosciuti dalle costituzioni nazionali. Un ulteriore passo consiste ora nel soffermarsi sulla struttura delle norme contenute nella Convenzione, al fine di comprendere al meglio gli apparati interpretativi ed argomentativi utilizzati dalla Corte³⁸⁵.

La più importante distinzione che possa operarsi nell’ambito di una teoria dei diritti fondamentali è quella, tanto discussa, tra regole e principi³⁸⁶. Sia le regole che i

³⁸⁵ Riprendo qui, come premessa metodologica, la differenza operata da R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 101, tra concetto di norme dei diritti fondamentali e struttura dei diritti fondamentali.

³⁸⁶ La distinzione tra regole e principi è un tema immenso all’interno della teoria del diritto, che ha tra i suoi referenti di spicco: R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit.; R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 101 e ss.; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1978, cap. VII; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritto, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, cit., cap. VI; H. L. Hart, *Poscript* (1994), in ID., *The Concept of Law*, Clarendon University Press, Oxford, 1961; M. Atienza – J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcellona, 1996; R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit.; H. Ávila, *Teoria dei principi*,

principi devono farsi rientrare nella categoria più generale di norma, in quanto entrambe designano una prescrizione; segue da ciò che la distinzione tra regole e principi è da vedersi come una distinzione tra due tipi di norme differenti³⁸⁷. In particolare, si tratta di una differenza tra i vari tipi di enunciati che possono incontrarsi all'interno di un sistema giuridico e che, da un punto di vista argomentativo, possono essere utilizzati come premesse di un ragionamento giuridico, ovvero come ragioni³⁸⁸. Tra queste premesse (ragioni) la prima distinzione da tener presente è quella tra *norme regolative (o deontiche)* e *norme costitutive*³⁸⁹. Le *norme regolative* hanno la seguente formulazione: “date le condizioni di applicazione X, dunque Z deve (non deve, può, non può) realizzare l’azione Y (o conseguire lo stato di cose E)”. Le *norme costitutive*, dal canto loro, hanno la seguente forma: “date le condizioni di applicazione X (e con Z che realizza un’azione Y), dunque si produce il risultato normativo R”.

Quando si tratta della distinzione tra regole e principi ci si muove all’interno dell’insieme delle norme regolative. I criteri proposti per la distinzione tra regole e principi sono molteplici e, a seconda che si creda che tali criteri siano caratteristiche esclusive dell’uno o dell’altro tipo di norma si aderirà ad una distinzione “forte” o “debole” tra regole e principi³⁹⁰. In generale, e se si guarda alle regole e ai principi come premesse (o

Giappichelli, Torino, 2014; L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», vol. 55, n. 3/2010, pp. 2771 – 2816. Alexy, Dworkin, Zagrebelsky, Atienza e Ruiz Manero aderiscono ad una distinzione “forte” tra regole e principi, gli altri, invece, postulano una distinzione “debole” tra questi due tipi di norme. Sul punto si rinvia al chiaro contributo di G. Pino, *I principi tra teoria della norma e teoria dell’argomentazione giuridica*, in «Diritto&QuestioniPubbliche», n. 11/2011, pp. 75 – 110. Come afferma Pino, “le teorie della distinzione forte (qualitative, categoriale) tra regole e principi si basano sull’idea che esistano determinate caratteristiche costantemente esibite dai principi, e non anche dalle regole, e che pertanto tali caratteristiche siano necessarie e sufficienti a distinguere i principi dalle regole” (p. 81), mentre “la teoria della distinzione debole si basa sull’osservazione che, a ben vedere, tutte le norme, siano esse regole o principi, sembrano possedere *in qualche misura* alcune delle caratteristiche sopra indicate. Ciò che differenzia regole e principi, secondo questa posizione, è dunque il *grado* in cui tali caratteristiche si ritrovano rispettivamente nelle regole e nei principi” (pp. 87 – 88).

³⁸⁷ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 102.

³⁸⁸ Sul concetto di “ragione” v. M. Atienza, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell’argomentazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 211 e ss.

³⁸⁹ M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 281.

³⁹⁰ Cfr. *supra* n. 99.

ragioni) da utilizzarsi all'interno di un ragionamento giuridico, può affermarsi che mentre le regole operano come ragioni perentorie, i principi operano come ragioni non perentorie; inoltre, mentre le regole sono ragioni basicamente indipendenti dal contenuto, dunque ragioni formali o autoritative, i principi sono ragioni che dipendono dal loro contenuto³⁹¹.

Le regole sono *ragioni perentorie* perché l'azione (o le azioni) ordinata(e) nel conseguente è(sono) “chiusa(e)”³⁹², il che equivale a dire che l'azione (o le azioni) previste come conseguenza dell'antecedente formano una classe chiusa che lascia un margine di discrezionalità pressoché nullo al giudice nel momento in cui è chiamato ad applicare la regola³⁹³; esse sono inoltre *ragioni indipendenti dal contenuto* poiché le regole disciplinano la condotta dei suoi destinatari a prescindere da qualsiasi tipo di deliberazione intorno al contenuto della regola stessa o, guardando in particolare al ragionamento giudiziale, il giudice è chiamato ad applicare una determinata regola al semplice verificarsi di determinate condizioni contenute in un insieme chiuso.³⁹⁴ Esempio di regola è quella contenuta nell'art. 575 c.p.: “Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno”. Se Tizio cagiona la morte di Caio, Tizio sarà punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno: in tal senso, la regola è una ragione perentoria. Verificatasi la condizione per cui Tizio ha ucciso Caio, ne consegue automaticamente (e, dunque, senza ulteriore “deliberazione” sul contenuto della norma) che Tizio sarà punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno: in questo senso, la regola è una ragione indipendente dal contenuto.

³⁹¹ M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 281.

³⁹² M. Atienza – J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, cit., p. 17.

³⁹³ Si tralascia qui, volutamente, la differenza tra regole di azione e regole di fine, sulla quale v. M. Atienza – J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, cit., pp. 16 e ss.

³⁹⁴ Ivi, p. 17.

Il discorso è diverso, e per certi versi più complicato, se si guarda al secondo tipo di norme preso in considerazione: i principi. Si è detto, infatti, che i principi costituiscono *ragioni non perentorie*, in quanto nel conseguente è contenuto un divieto, un dovere o un permesso (soltanto) *prima facie* di realizzare una determinata azione (e in tal caso si parla di *principi in senso stretto*) o di dar luogo a un certo stato di cose nella maggior misura possibile (caso in cui, invece, si parla di *direttrici*)³⁹⁵. I principi, inoltre, sono *ragioni dipendenti dal loro contenuto* in quanto la loro applicazione non può prescindere, a differenza di quanto avviene per le regole, da una “deliberazione” intorno al loro contenuto da parte del giudice. I giudici sono chiamati ad applicare un principio quando non esiste una regola specifica che si applichi al caso concreto, che le regole sono affette da un grado di indeterminatezza molto elevato o che esiste un disaccordo tra le regole e i principi che le giustificano. In tali casi il giudice è chiamato ad operare una *ponderazione* tra i principi, il cui risultato sarà una regola da applicarsi al caso concreto³⁹⁶. Mentre, infatti, l'applicazione di una regola segue lo schema della *sussunzione*, che consiste nella classificazione di una certa realtà fattuale nel presupposto di fatto della norma, l'applicazione di un principio dipende da uno schema argomentativo più complesso. Tale schema subisce, inoltre, delle modifiche a seconda del fatto che si sia in presenza di principi in senso stretto o direttrici.

I *principi in senso stretto*, che, come detto, ordinano la realizzazione di azioni le quali presentano una relazione concettuale con determinati stati di cose ai quali si attribuisce valore ultimo (sono, ad esempio, principi in senso stretto quelli che salvaguardano la libertà di espressione o la non discriminazione), hanno generalmente prevalenza sulle

³⁹⁵ Ivi, p. 18. La distinzione tra principi in senso stretto è negata da Alexy che parla, indistintamente, di principi come “precetti di ottimizzazione”. Sulla distinzione tra ragioni perentorie e non perentorie v. da ultimo M. Atienza, *Filosofía del derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid, 2017, p. 150 dove l' A. afferma che “los principios se presentan directamente como enunciados derrotables, esto es, razones no perentorias, mientras que la vocación de las reglas es la de no resultar derrotables (son razones perentorias) por más que, en circunstancias excepcionales, puedan serlo.”

³⁹⁶ M. Atienza – J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, cit., pp. 19 – 20.

direttrici, che, invece, ordinano il raggiungimento “nel maggior grado possibile” di certi stati di cose che costituiscono obiettivi collettivi considerati di valore nonostante non di valore ultimo (esempi di direttrici sono quelle relative ai diritti sociali come il diritto alla salute o il diritto al lavoro)³⁹⁷. Mentre la ponderazione tra direttrici è solitamente opera dei legislatori o degli organi amministrativi, quella tra principi in senso stretto (e, in casi limitati, tra principi in senso stretto e direttrici) è opera dei giudici, specialmente dei giudici appartenenti alle giurisdizioni costituzionali e dei tribunali internazionali.

6.1.1.1. I diritti fondamentali come principi

Tracciata brevemente la differenza strutturale, con riferimento al loro uso argomentativo, tra regole e principi, è ora opportuno chiedersi se i diritti fondamentali, come quelli contenuti nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, possano considerarsi principi. Robert Alexy afferma sul punto che:

“sia le norme che attribuiscono diritti fondamentali, sia le norme che prescrivono il perseguimento di interessi collettivi possono essere intese come principi. È possibile introdurre un onere argomentativo a favore dei principi del primo tipo e a carico dei principi del secondo, cioè un onere argomentativo a vantaggio di beni individuali e a carico di quelli collettivi.”³⁹⁸

³⁹⁷ M. Atienza – J. Ruiz Manero, *La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica*, in «DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 24(2001), pp. 115 – 130, p. 121.

³⁹⁸ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 122. Alexy è, comunque, consapevole che questa non è l’unica maniera di intendere i diritti fondamentali. Su tale questione v. R. Alexy, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in «Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica», 1/2007, pp. 45 – 55, dove Alexy afferma che “vi sono due modi essenzialmente diversi di concepire i diritti fondamentali. Il primo li considera in senso stretto e tassativo, l’altro in senso largo e comprensivo: possiamo definire queste due posizioni rispettivamente “concezione dei diritti fondamentali come regole” e “concezione dei diritti fondamentali come principi. Questi modelli comprensivi non trovano un riscontro puro in alcun luogo, ma rappresentano ad ogni modo delle tendenze fondamentali assai significative. La domanda circa quale tra di esse sia preferibile rappresenta infatti una questione

Si è detto nel paragrafo precedente come, in realtà, sussista una differenza tra i principi che perseguono interessi collettivi (*direttrici*) e quelli che invece sono posti a tutela dei beni individuali (*principi in senso stretto*). È ora opportuno comprendere le modalità attraverso le quali i diritti fondamentali sono introdotti all'interno dell'ordinamento giuridico o, più in generale, a quale tipo di norma corrisponda il diritto fondamentale allorché lo stesso viene positivizzato all'interno di una Costituzione o, come nel caso di mio interesse, all'interno di una Convenzione.

Si parta da una constatazione basilare. I diritti fondamentali, come afferma Giorgio Pino, “sono diritti basati su (riconosciuti, positivizzati, attribuiti da) norme giuridiche”³⁹⁹. Le norme giuridiche, come visto poc'anzi, costituiscono un insieme eterogeneo che include al suo interno sia le regole che i principi e i diritti fondamentali, che presentano un contenuto chiaramente normativo, trovano praticamente sempre il loro fondamento nei principi⁴⁰⁰. Più precisamente, la formulazione normativa dei diritti fondamentali è quella dei principi, ovvero norme che, per definizione, rivestono carattere fondamentale all'interno di un ordinamento e sono affette da una peculiare forma di indeterminatezza⁴⁰¹.

6.1.2. Proporzionalità e ponderazione dei diritti

Giorgio Pino adotta la seguente definizione di ponderazione:

centrale per l'interpretazione di qualunque costituzione che contempli dei diritti fondamentali e una giurisdizione costituzionale.”

³⁹⁹ G. Pino, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 11.

⁴⁰⁰ Ivi, p. 19.

⁴⁰¹ R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 174.

“[...]per bilanciamento o ponderazione si intende una tecnica argomentativa solitamente utilizzata allorché il caso da decidere in sede giudiziale sembri contemporaneamente suscumbibile sotto due o più norme configgenti, e manchi un criterio di coordinazione formalmente previsto o convenzionalmente accettato dagli operatori giuridici.”⁴⁰²

Si è detto come la Convenzione EDU non riconosca esplicitamente lo strumento della proporzionalità, se non attraverso alcune clausole specifiche che determinano i criteri in virtù dei quali alcuni diritti possono essere ristretti. Si è altresì evidenziato come la struttura normativa di tali diritti sia quella dei principi che, ai fini della loro applicazione, necessitano di un tipo di strumento argomentativo differente rispetto alla mera sussunzione. Dunque, le norme cui fa riferimento Pino nella sua definizione di ponderazione sono i principi. I principi, infatti, si *ponderano*, in virtù del fatto che per utilizzarli all'interno di un ragionamento giuridico è necessario fare ricorso a considerazioni di “peso”; detto altrimenti, se in un medesimo caso concreto è possibile applicare più principi, gli stessi andranno soppesati al fine di individuare il principio più importante⁴⁰³. Più specificamente, la ponderazione sembra essere un tipo di argomentazione che si articola in due passaggi: il primo passaggio consiste nella

⁴⁰² G. Pino, *Conflicto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Ragion Pratica» 28/ giugno 2007, pp. 219 – 273, p. 220.

⁴⁰³ Come sottolinea giustamente D. Martínez Zorrilla, *Conflicto constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 155: “El uso del término «ponderación» (al igual que sus equivalentes en otros idiomas, como «bilanciamento» o «weighing and balancing») es, como resulta obvio, una metáfora, una imagen en la que los elementos en conflicto son puestos en una «balanza» a fin de determinar cuál de ellos «pesa» más. Naturalmente, las normas no son entidades físicas y por ende carecen de «peso» en sentido estricto, que es una característica propia de la materia. Pero como en toda metáfora bien lograda, se dejan entrever algunos aspectos destacables que están presentes tanto en la imagen metafórica como en el objeto al cual ésta se aplica (en nuestro caso, el procedimiento «ponderativo»)". In tal senso v. ampiamente anche: D. Mendonca, *Conflicto y balance de derechos*, in J. Aguiló Regla – P.P. Grández Castro, *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Palestra Editores, Lima, 2017, pp. 171 – 203, p. 180: “La metáfora del balance de los derechos reviste dos formas distintas, aunque conexas. Por un lado, se habla de un derecho que pesa más que otro en una determinada situación de conflicto. Desde esta perspectiva, la imagen es la de un juzgador que pone los derechos en una balanza y determina la manera como ésta se inclina. Por otro lado, se utiliza una versión distinta cuando se habla de un equilibrio (o la búsqueda de un equilibrio) entre los derechos involucrados. En este caso, la imagen es la de un juzgador que consigue equilibrar la balanza con los derechos en conflicto, calibrándola prudentemente.”

conversione dei principi in regole; il secondo passaggio si sostanzia, invece, nella sussunzione della fattispecie concreta all'interno della regola prima ottenuta⁴⁰⁴. È chiaro che le difficoltà maggiori rispetto a questo tipo di ragionamento riguardano la scelta del principio che debba prevalere prima della conversione in regola⁴⁰⁵ e, conseguentemente, se a tale selezione possa attribuirsi un valore razionale.

L'elemento su cui sembrano concordare tutti coloro che si sono occupati della ponderazione nei loro studi è quello secondo cui essa si risolve nell'attribuzione di preferenza in favore di uno degli elementi (principi) in conflitto, utile a dare soluzione al caso concreto da risolvere⁴⁰⁶. Quanto, invece, ai criteri di controllo di tale procedimento, la discussione è aperta. In particolare, sembrano essere tre le posizioni dominanti:

1) la ponderazione è un'attività discrezionale o, comunque, non soggetta a parametri di controllo razionali⁴⁰⁷.

2) la ponderazione consiste in un procedimento razionale e, dunque, passibile di giustificazione e critica in termini di razionalità⁴⁰⁸.

3) non esistendo in realtà i conflitti costituzionali, la ponderazione non è altro che un procedimento epistemico volto ad individuare il precetto normativo che regola il caso concreto⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 184. Sempre secondo M. Atienza, *Diritto come argomentazione*, cit., p. 176, nella seconda fase “si costruisce una regola (una regola d'azione) che presuppone la traduzione in termini deontici di questa prevalenza e che sarà la base (la premessa) della sussunzione corrispondente”.

⁴⁰⁵ Ivi, p. 185.

⁴⁰⁶ D. Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, cit., p. 155.

⁴⁰⁷ Ivi, p. 156. Martínez Zorrilla distingue ulteriormente, all'interno di questo gruppo, gli “intuizionisti” secondo i quali la decisione sarebbe frutto di una decisione intuitiva o comunque frutto di una percezione morale, e gli “scettici” secondo i quali, invece, la ponderazione non sarebbe altro che un esercizio discrezionale di espressione delle preferenze dell'interprete.

⁴⁰⁸ Ibidem.

⁴⁰⁹ Ibidem.

6.1.2.1. La ponderazione come procedimento razionale

Mentre le correnti che ritengono che la ponderazione sia un procedimento non sottoponibile a un procedimento di controllo razionale attribuiscono in tale attività esclusiva rilevanza alle preferenze personali dell'interprete, differenti proposte teoriche sono volte a rendere oggettive o, più semplicemente, controllabili tali preferenze, espresse attraverso giudizi di valore⁴¹⁰. La questione è diventata di centrale importanza nelle discussioni teoriche intorno al conflitto tra diritti fondamentali, dove sempre più di frequente ci si è chiesti se la ponderazione costituisca effettivamente un procedimento razionale per l'applicazione di norme giuridiche o un esercizio retorico da parte delle corti, utile a giustificare qualsiasi loro decisione⁴¹¹. In quest'ultima direzione vanno quei teorici che ritengono che la ponderazione presenti alcune caratteristiche intrinseche che non permettono di attribuirle i crismi della razionalità quali, ad esempio, la mancanza di precisione dell'operazione ponderativa, l' incommensurabilità dei diritti in gioco nella ponderazione e l'impossibilità di predire i risultati della ponderazione⁴¹². Non vi è dubbio che alcune critiche alla razionalità della ponderazione colgano nel segno. Non può negarsi, in effetti, che la ponderazione per come strutturata si presti a manipolazioni discrezionali e ad un uso, pertanto, fuori da ogni logica razionale. Da ciò, tuttavia, non può dedursi automaticamente che la ponderazione sia totalmente irrazionale o che essa si basi esclusivamente sugli apprezzamenti soggettivi del giudice⁴¹³.

⁴¹⁰ Cfr. sul punto M. A. González Maldonado, *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*, Editorial Liber Iuris Novum, México, 2011. In tal senso v. anche R. Alexy, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in «Ratio Juris», vol. 16, No. 4, December 2003, pp. 433 – 449.

⁴¹¹ C. Bernal Pulido, *La racionalidad de la ponderación*, in in J.L. Fabra Zamora – L. García Jaramillo (coord.), *Filosofía del derecho constitucional*, cit., pp. 405 – 426, p. 406.

⁴¹² Ivi, pp. 407 – 409.

⁴¹³ Ivi, p. 409.

Il fatto che la ponderazione sia un procedimento comune all'interno della pratica giuridica e che i suoi risultati si considerino accettabili conferisce di per sé un grado minimo di razionalità a tale schema argomentativo. Il nodo problematico sta, tuttavia, nel comprendere quale sia il grado di oggettività che tale procedimento può raggiungere.

6.1.2.1.1. La formula del peso di Alexy

Un contributo, probabilmente il più importante e noto in letteratura, indirizzato ad una giustificazione in termini razionali della ponderazione è stato offerto da Robert Alexy attraverso la ben nota “formula del peso”.

Secondo il filosofo del diritto tedesco nella ponderazione “si tratta del problema a quale degli interessi *astrattamente di ugual rango* spetti, *nel caso concreto, il peso maggiore*”⁴¹⁴, per risolvere il quale si fa ricorso al principio di proporzionalità, inteso quale meta-principio dell'ordinamento volto proprio alla risoluzione del conflitto tra diritti fondamentali.

Il meta-principio di proporzionalità è composto a sua volta da tre sub-principi: principio di adeguatezza, principio di necessità e proporzionalità in senso stretto o ponderazione. Mentre i primi due sub-principi si riferiscono alla possibilità fattuale di realizzazione di un principio⁴¹⁵, il terzo consiste nella risoluzione dei conflitti tra diritti fondamentali, nella loro struttura normativa di principi, attraverso un bilanciamento che si affida a ciò che Alexy definisce la “legge della ponderazione”. Tale legge è così definita da Alexy:

⁴¹⁴ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 111.

⁴¹⁵ R. Alexy, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., p. 50: “Il principio di adeguatezza vieta l'uso di mezzi che violano perlomeno un diritto fondamentale senza con ciò realizzare uno dei diritti o degli scopi a cui il loro uso era finalizzato. Se un mezzo *M*, scelto per realizzare il principio *P*₁, non si rivela adeguato allo scopo, ma finisce anzi col violare il principio *P*₂, ne segue che qualora il mezzo *M* non venga utilizzato, ciò non produrrà alcun costo a carico di *P*₁ né di *P*₂, mentre il suo impiego genera sicuramente degli svantaggi a carico di *P*₂. [...]Lo stesso vale per il criterio di necessità. Tale criterio richiede che tra due mezzi che realizzano *P*₁ più o meno allo stesso modo, venga scelto quello che lede in misura minore *P*₂. [...]”

“Quanto maggiore è il grado di non soddisfazione di, o di interferenza con, uno dei principi, tanto maggiore deve essere l'importanza della soddisfazione dell'altro.”

Dunque, la ponderazione consta di tre passaggi. Il primo consiste nel determinare il grado di non soddisfazione o di violazione di un determinato principio. Il secondo è volto a determinare l'importanza associata alla realizzazione del principio concorrente. Il terzo ed ultimo passaggio, invece, si fonda sulla necessità di determinare se l'importanza riconosciuta alla realizzazione del principio concorrente giustifichi il non soddisfacimento o la violazione del primo principio coinvolto nella ponderazione⁴¹⁶.

La razionalizzazione del procedimento ponderativo trova in Alexy un riscontro matematico volto alla creazione di una formula per il calcolo del peso di un principio nelle circostanze del caso da decidere (*peso concreto*):

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}^{417}$$

“ $W_{i,j}$ ” rappresenta il peso concreto di un principio (P_i), ovvero il peso che tale principio ha nelle circostanze del caso da decidere. Il peso concreto (nonché relativo) espresso dalla formula “ $W_{i,j}$ ” si ottiene calcolando l'intensità dell'interferenza con tale principio (P_i) e l'importanza concreta del principio in competizione (P_j), ovvero l'intensità dell'ipotetica interferenza con P_j causata dalla mancata interferenza con P_i . Il calcolo dell'intensità dell'interferenza si ottiene, secondo Alexy, attraverso l'attribuzione di un

⁴¹⁶ Ivi, p. 51.

⁴¹⁷ R. Alexy, *On Balancing and Subsumption*, cit., p. 444.

valore numerico al grado di interferenza che può essere, secondo un modello triadico, *lieve* (1), *medio* (2) o *grave* (4)⁴¹⁸.

In tutti i casi in cui P_i prevale su P_j , il valore di $W_{i,j}$ è maggiore di 1; nei casi in cui, invece, P_j prevale su P_i il valore di $W_{i,j}$ è inferiore ad 1; nei casi in cui nessuno dei principi prevale, il peso concreto di P_j equivale ad 1⁴¹⁹. Ciononostante, Alexy ha segnalato l'esigenza di rendere maggiormente complesso il modello che attribuisce un valore numerico al grado di interferenza, passando da un modello triadico più elementare ad un modello triadico-doppio ottenuto dalla combinazione dei gradi di interferenza del tipo: (1) *ll*; (2) *lm*; (3) *lg*; (4) *ml*; (5) *mm*; (6) *mg*; (7) *gl*; (8) *gm*; (9) *ss*. L'idea che si vuole esprimere attraverso questa rielaborazione del modello è che non esistono semplicemente interferenze lievi, medie o gravi, ma anche interferenze molto gravi (*gg*), moderatamente gravi (*gm*), meno gravi (*gl*), e così via⁴²⁰.

Ciò detto, è bene ricordare che nella ponderazione non deve guardarsi solamente all'intensità dell'interferenza con i principi in gioco ma anche al peso astratto degli stessi. Se il peso astratto dei due principi è equivalente, chiaramente, non è necessario inserirlo all'interno della formula del peso. Quando, invece, il peso astratto è differente, il risultato del bilanciamento può dipendere da tale differenza.

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i}{I_j \cdot W_j} \text{ } ^{421}$$

I valori attribuibili al peso astratto sono gli stessi che si attribuiscono al grado di interferenza.

⁴¹⁸ Ibidem.

⁴¹⁹ Ibidem. Nel primo caso avremo risultati del tipo: (1) $g, l = 4/1 = 4$; (2) $g, m = 4/2 = 2$; $m, l = 2/1 = 2$. Nel secondo caso, invece: (4) $l, g = 1/4 = 1/4$; (5) $m, g = 2/4 = 1/2$; (6) $l, m = 1/2 = 1/2$. Nel terzo caso, ancora: (7) $l, l = 1/1 = 1$; (8) $m, m = 2/2 = 1$; (9) $s, s = 4/4 = 1$.

⁴²⁰ Ivi, p. 445.

⁴²¹ Ivi, p. 446.

Per ottenere la formula del peso completa, l'ultima variabile da inserire nella frazione è quella relativa alla sicurezza delle assunzioni empiriche riguardanti ciò che l'esecuzione della misura valutata significa per la mancata realizzazione del principio P_i (R_i). La relazione di R_i e R_j con W_{ij} si basa su di una seconda legge della ponderazione:

“Quanto maggiore è il peso di un'interferenza con un diritto fondamentale, tanto maggiore dovrà essere la certezza delle ragioni che la sostengono.”

Rispetto alla prima legge della ponderazione che guarda all'importanza sostanziale delle ragioni che sostengono l'interferenza, questa seconda legge fa piuttosto riferimento alla qualità epistemica di tali ragioni. L'aggiunta di quest'ultima variabile permette di ottenere la formula del peso completa in tutti i suoi elementi:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j} \text{ }^{422}$$

Anche la variabile epistemica risponde ad una logica di attribuzione di valori numerici classificabili a seconda della classe di ragioni (o argomenti) utilizzati. Tali classi di argomenti possono essere sicure (s), plausibili (p) o non evidentemente false (e)⁴²³.

⁴²² Ibidem.

⁴²³ Ivi, p. 447.

6.1.2.1.2. La proposta di Manuel Atienza. Razionalità senza aritmetica e “senso comune”

Si è visto come Robert Alexy miri a razionalizzare il procedimento ponderativo facendo ricorso alle regole dell'aritmetica⁴²⁴. Se ben si ricorda, in precedenza si è detto come la ponderazione sia in realtà un procedimento bifasico (par. 6.1.2): il primo passaggio consiste nella conversione dei principi in regole; il secondo passaggio si sostanzia, invece, nella sussunzione della fattispecie concreta all'interno della regola prima ottenuta. La conversione del principio in regola ha come presupposto, a sua volta, la prevalenza di un principio sull'altro, che è, come visto, questione di peso. Per conferire razionalità a tale procedimento di “soppesamento”, Alexy ha elaborato l'appena vista formula del peso che presta il fianco, però, ad una serie di obiezioni.

Per quanto l'analisi di Alexy abbia il merito di rendere chiari gli elementi che devono tenersi in conto per dare priorità ad un principio sull'altro, contributo oltremodo importante alla razionalizzazione dell'operazione, non può negarsi, come sostenuto da Manuel Atienza, che “il tentativo di formulazione matematica può dare la falsa impressione che si tratti di un calcolo, di seguire un algoritmo, o qualcosa di simile”⁴²⁵. La critica di Atienza sta soprattutto nel fatto che l'attribuzione dei valori numerici alle variabili è comunque un'operazione discrezionale portata avanti dall'interprete (il giudice) senza criteri fissi completamente predeterminati.

“In definitiva, la [formula del peso] costituisce un caso di uso metaforico del linguaggio matematico, che non sembra aggiungere nulla alla semplice affermazione che la priorità di un principio sull'altro si stabilisce (o debba stabilirsi) tenendo in

⁴²⁴ Ivi, p. 448.

⁴²⁵ M. Atienza, *Diritto come argomentazione*, cit., p. 179.

conto i tre elementi (o variabili) segnalati da Alexy: la lesione dei principi, il peso astratto degli stessi e la maggiore o minore certezza delle affermazioni empiriche.”⁴²⁶

In maniera abbastanza netta Atienza assimila la formula del peso di Alexy a quella che Vaz Ferreira nel 1962 definiva la fallacia della falsa precisione⁴²⁷, argomento, apparentemente buono, utilizzato per rassicurare l’interlocutore sulla totale esattezza delle proprie affermazioni⁴²⁸.

Secondo Atienza, la razionalità del procedimento ponderativo prescinderebbe, in realtà, dall’attribuzione di un valore numerico alle variabili in gioco. Davanti a conflitti tra beni o diritti che pretendono una risposta alla domanda se la misura *M* sia o meno giustificata, basterebbe porsi domande critiche del tipo: la misura *M* è idonea al raggiungimento di *X*? Non esiste alcun’altra misura *M'* che permetta di soddisfare *X* senza restringere *Y*? Nella circostanze del caso concreto (o in astratto) *X* ha un peso maggiore – e, dunque, più importante – di *Y*?⁴²⁹

Partendo da questa critica ad Alexy, che risponde alla domanda “In che consiste la ponderazione?”, Atienza propone un modello alternativo di ponderazione razionale che si basa sulla risposta a due ulteriori domande: “quando è necessario ponderare?” e, infine, quella che più mi interessa, “è la ponderazione un procedimento razionale?”.

⁴²⁶ M. Atienza, *Diritto come argomentazione*, cit., p. 180. Critiche molto più dure nei confronti della razionalità della ponderazione, in generale, e della ponderazione in Alexy, in particolare, sono elaborate da: J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano, 1996.

⁴²⁷ M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 169 nonché, più di recente, ID., *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., p. 155. Il riferimento di Atienza è allo studio di C. Vaz Ferreira, *Lógica viva*, Losada, Buenos Aires, 1962.

⁴²⁸ Sulla critica di Atienza ad Alexy v. il recente contributo di J. J. Moreso, *Atienza: dos lecturas de la ponderación*, in J. Aguiló Regla – P.P. Grández Castro, *Sobre el razonamiento judicial*, cit., pp. 205 – 219.

⁴²⁹ M. Atienza, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., p. 156.

Quanto alla prima domanda, quando cioè sia il caso di attivare il meccanismo argomentativo della ponderazione, la risposta fornita da Atienza è apparentemente semplice: non esistendo nel sistema giuridico regole per la risposta adeguata al caso concreto, è necessario ricorrere ai principi che trovano nella ponderazione il loro metodo applicativo naturale. Detto altrimenti, il giudice ricorre alla ponderazione quando si trova di fronte ad una *lacuna normativa* (non esiste una norma specifica che regola il caso concreto) o ad una *lacuna assiologica* (la regola esiste ma conduce ad una soluzione assiologicamente inadeguata)⁴³⁰.

La lacuna normativa conduce alla ponderazione in virtù di un'oggettiva mancanza di materiale normativo adatto alla risoluzione del caso concreto. La lacuna assiologica, invece, è introdotta all'interno dell'ordinamento dallo stesso interprete per evitare di incorrere in soluzioni ingiuste o, comunque, troppo sbilanciate in senso formalistico⁴³¹. Nel caso di lacuna assiologica in particolare, Atienza prospetta tre situazioni: a) contrasto tra quanto stabilito nella regola e ragioni soggiacenti alla stessa regola; b) contrasto tra ragioni soggiacenti alla regola e ragioni (valori o principi) dell'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso; c) contrasto tra ragioni soggiacenti alla regola (ed eventualmente all'ordinamento giuridico nel suo complesso) e altre ragioni provenienti da un sistema morale o da un principio morale diverso rispetto al sistema giuridico. Mentre nella situazione a) pare scontato il ricorso alla ponderazione⁴³² e nella situazione c) sarebbe impossibile far ricorso alla ponderazione senza allontanarsi definitivamente dalla pratica sociale del Diritto, la situazione b) è quella che presenta maggiori profili problematici. In alcuni potrebbe giustificarsi il ricorso alla ponderazione, in altri no,

⁴³⁰ Ibidem.

⁴³¹ Ivi, p. 157.

⁴³² Ivi, p. 157. Atienza fa l'esempio della regola che proibisce l'ingresso ai cani all'interno di un ristorante, che certamente non verrebbe applicata con riferimento al cane che accompagna una persona cieca.

aumentando chiaramente nel primo caso la carica argomentativa sulle ragioni che giustificano l'eccezione alla regola⁴³³.

Con riguardo alla seconda domanda, ovvero se la ponderazione possa considerarsi effettivamente come uno schema argomentativo razionale, la risposta offerta da Atienza è sicuramente positiva. Secondo Atienza sostenere che la ponderazione possa considerarsi un procedimento razionale non vuol dire che esso, nei fatti, lo sia sempre: un giudice può ponderare male o farlo quando, in realtà, non sia il caso di farlo⁴³⁴. La ricerca di criteri di razionalità della ponderazione passa, secondo Atienza, da quel "senso comune" che gli stessi organi giudiziari creano nel tempo e che consiste, da un lato, nell'elaborazione di una *tassonomia* di proprietà rilevanti che permettano di fissare categorie di casi sempre più specifici; dall'altro, invece, nell'elaborazione di regole di priorità che servano per risolvere casi futuri simili⁴³⁵. Entrambi gli sforzi messi in campo dai giudici dovranno fondarsi sul rispetto dei criteri della *razionalità pratica* (consistenza, universalità, coerenza, etc.), affinché possa conferirsi alla soluzione offerta al caso concreto la qualità di meccanismo di previsione per i casi futuri che presentino caratteristiche simili⁴³⁶.

⁴³³ Ibidem. Una posizione contraria, in generale, al ricorso alla ponderazione è quella di L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», LV-2010, pp. 2771 – 2816 e J. A. García Amado, *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*, in F. Mantilla Espinosa (coord.), *Controversias constitucionales*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pp. 24 – 69.

⁴³⁴ Molto chiaro sul punto M. Atienza, *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*, in J. Aguiló Regla – P.P. Grández Castro, *Sobre el razonamiento judicial*, cit., pp. 11 – 42, p. 33.

⁴³⁵ Ibidem.

⁴³⁶ Ivi, p. 34. Atienza è, ovviamente, consapevole che il meccanismo della ponderazione non è perfetto in quanto "podrán presentarse circunstancias no tenidas en cuenta hasta entonces y que pueden obligar a introducir cambios en la taxonomía y en las reglas". La maniera di intendere la razionalità della ponderazione da parte di Atienza mi sembra una buona applicazione di quell'anelito di Dworkin affinché il Diritto sia posto sempre nella sua "luce migliore" (v. sul punto R. Dworkin, *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 56 – 59).

6.1.3. Ponderazione e Corte Europea dei Diritti dell'uomo

Se in generale può dirsi che la ponderazione è uno degli schemi argomentativi maggiormente utilizzati dinanzi a conflitti tra diritti fondamentali, ciò può affermarsi a maggior ragione con riferimento ai conflitti che si generano dinanzi alla Corte di Strasburgo⁴³⁷. La ponderazione adoperata dalla Corte di Strasburgo è sottoposta agli stessi interrogativi, riguardanti la razionalità e controllabilità del procedimento, che ho tentato di elencare nei paragrafi precedenti.

Sforzi nella direzione di una *tassonomia* di proprietà rilevanti, volendo utilizzare il lessico di Manuel Atienza, sono stati effettuati dai giudici di Strasburgo, come dimostra l'elenco di criteri contenuto nella sentenza *Axel Springer*, ma anche all'interno di proposte teoriche molto ben articolate. In un recentissimo testo, *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights*, studiosi appartenenti a diverse discipline si sono interrogati su quali siano le metodologie più adeguate a rendere "oggettivo e controllabile" il procedimento di ponderazione dei diritti fondamentali dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁴³⁸.

Le due proposte teoriche più interessanti in tal senso sono, a mio avviso, quelle di Samantha Besson e Stijn Smet.

⁴³⁷ Sul punto afferma S. Smet, *Conflicts between Human Rights and the ECtHR*, in S. Smet – E. Brems (eds.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights*, cit., pp. 38 – 57, p. 38: "Balancing undeniably dominates the legal reasoning of the ECtHR. The Court is particularly prone to resort to balancing in cases that entail a conflict between human rights."

⁴³⁸ Il riferimento è a S. Smet – E. Brems (eds.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights*, cit.

6.1.3.1. Samantha Besson. Il bilanciamento ‘qualitativo’

Il problema da cui prende le mosse Besson nella sua proposta relativa al bilanciamento è quello della giustificazione delle restrizioni dei diritti umani. Mentre il secondo paragrafo degli artt. 8 – 11 CEDU pare, in effetti, avallare una restrizione degli stessi, con riferimento alle altre disposizioni convenzionali i giudici hanno fatto ricorso a gerarchizzazioni ipotetiche dei diritti in conflitto⁴³⁹.

La proposta di Besson va nella direzione di un cd. “bilanciamento qualitativo”, una tecnica di ragionamento che assume come guida la dimensione egalitaria dei diritti umani in conflitto. Quando si risolve un conflitto tra diritti, secondo Besson, bisogna tenere in considerazione anche i doveri che corrispondono in maniera speculare a tali diritti. Mentre, infatti, la visione più diffusa guarda al conflitto tra diritti come conflitto tra interessi in competizione, Besson, rifacendosi a una nota teoria di Jeremy Waldron⁴⁴⁰, sostiene che il conflitto tra diritti sia sempre da collegarsi ad un conflitto tra uno o più doveri specifici corrispondenti a quegli stessi diritti inseriti in un determinato contesto⁴⁴¹. La *ratio* della scelta teorica di Besson è la seguente:

“Once conflicts of human rights are approached as conflicts of (human rights) duties, it is easy to see that they are best understood as conflicts of reasons and not (only) as conflicts of interests. What this implies in particular is that their resolution cannot be

⁴³⁹ S. Besson, *Human Rights in Relation. A Critical Reading of the ECtHR's Approach to Conflicts of Rights*, in S. Smet – E. Brems (eds.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights*, cit., pp. 23 – 37, p. 25.

⁴⁴⁰ J. Waldron, *Rights in Conflict*, in ID., *Liberal Rights: Collected Papers 1981 – 1991*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.

⁴⁴¹ S. Besson, *Human Rights in Relation*, cit., p. 28.

one of weighing and balancing reasons as one would weigh and balance interests, for reasons cannot be measured and compared in a quantitative fashion.”⁴⁴²

Il procedimento di razionalizzazione della tecnica del bilanciamento ha come presupposto necessario la sostituzione del concetto di “interesse” con quello di “ragione”⁴⁴³. Risolvere un conflitto tra diritti in competizione e, dunque, come visto, tra doveri in conflitto, significa innanzitutto comprendere che il giudice è chiamato a fornire ragioni in favore dell’uno o dell’altro diritto/dovere, selezionando quelle che, in base a criteri condivisi, sembrano maggiormente stringenti. Se si guarda solamente ai diritti in astratto, infatti, non può che prodursi una gerarchia tra gli stessi che finisce inevitabilmente con l’ignorare la loro dimensione egitaria: tutti i diritti umani e i portatori di tali diritti sono uguali e nessuno dovrebbe assumere priorità astratta sull’altro. Spostando l’attenzione dagli interessi alle ragioni, Besson mira a rendere maggiormente controllabile il ragionamento giustificativo che i giudici seguono nell’attribuire prevalenza ad uno dei diritti in competizione, evidenziando però come nessuno di tali ragionamenti possa mai introdurre una deroga alla superiorità (quella sì) assoluta del “meta-principio” dell’eguaglianza. Tenuto conto di questo argomento, il giudice potrà poi giustificare al meglio la propria decisione, evitando di minare la specificità dei diritti, la loro incommensurabilità e il loro rigore⁴⁴⁴.

Facendo leva sul presupposto che il “legal (human rights) reasoning [is] a special form of moral reasoning”⁴⁴⁵, ed attribuendo, com’è evidente, prevalenza ad un meta-

⁴⁴² Ibidem.

⁴⁴³ V. supra n. 101.

⁴⁴⁴ S. Besson, *Human Rights in Relation*, cit., p. 29.

⁴⁴⁵ Ivi, p. 26. Sul punto Besson sembra aderire alla nota “tesi del caso speciale” di Robert Alexy. V. sul punto R. Alexy, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, cit., pp. 169 – 175, 223, 225 – 232, nonché la critica di M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 367 – 368.

principio ben preciso, Besson tiene però a precisare come conflitti tra i medesimi diritti umani possano sollevare differenti questioni morali e condurre, di volta in volta, a soluzioni differenziate⁴⁴⁶. Il principio-guida del bilanciamento qualitativo è, dunque, la dimensione egualitaria, nonché relazionale, dei diritti umani⁴⁴⁷, una dimensione che comunque non ingessa il ragionamento del giudice davanti a criteri specifici come, ad esempio, quello del contesto.

6.1.3.2. Un bilanciamento qualitativo ‘operativo’. La proposta di Stijn Smet.

Ancor più vicina a una “tassonomia” del bilanciamento sembra la proposta di Stijn Smet. Utilizzando come base il modello teorico della Besson, Smet prova a renderlo, in un certo senso, maggiormente operativo. L’obiettivo di Smet è il medesimo di quello perseguito dalla Besson: rendere maggiormente controllabile e oggettivo lo schema argomentativo del bilanciamento.

Il punto di partenza dell’analisi di Smet è una critica del *modus operandi* che la Corte segue nelle proprie sentenze. Pur avendo elaborato dei criteri per la risoluzione dei conflitti tra diritti umani, infatti, i giudici di Strasburgo tendono comunque a risolvere il bilanciamento in una “ad hoc manner” che difficilmente lascia intravedere il percorso seguito nel ragionamento⁴⁴⁸. La proposta di Smet, sulle orme di Besson, è quella di sostituire al bilanciamento quantitativo un bilanciamento qualitativo, guardando non al

⁴⁴⁶ S. Besson, *Human Rights in Relation*, cit., p. 29.

⁴⁴⁷ Secondo Besson, più precisamente, 1) i diritti umani sono meglio descritti se intesi come relazioni normative tra il portatore di un diritto e il portatore di un dovere; 2) i diritti umani sono diritti eguali che proteggono interessi individuali che sono ugualmente importanti; 3) i diritti umani sono diritti costitutivi del nostro *status* “basic equal morals” che è uno *status* relazionale.

⁴⁴⁸ S. Smet, *Conflicts between Human Rights and the ECtHR*, cit., p. 40.

peso degli interessi in gioco quanto piuttosto al peso delle ragioni utilizzate a sostegno dell'uno o dell'altro diritto. In particolare, secondo Smet:

“The structured balancing test as reasoning test I propose, relies on the comparison of the relative strength of reasons in favour of – or against – conflicting human rights to determine which right should prevail under the concrete circumstances of a given case.”⁴⁴⁹

Il bilanciamento ‘strutturato’, così come definito da Smet, sfugge alle obiezioni che solitamente vengono rivolte al bilanciamento quantitativo; il primo, infatti, affianca al concetto di ‘peso’ altri concetti (contesto, scopo, etc.), evitando al contempo la critica dell’incommensurabilità degli interessi in gioco. Ma come funziona, in concreto, il bilanciamento ‘strutturato’?

Il bilanciamento strutturato ha come concetto centrale quelle che Smet definisce *comparing reasons*, ovvero le ragioni a supporto(dei) o contrarie(ai) diritti umani in conflitto⁴⁵⁰. Per effettuare la comparazione tra questi due tipi di ragioni, Smet propone un test multifattoriale, composto da una lista di sette criteri:

1) *value criterion*: si tratta del criterio del valore astratto dei diritti, rispetto al quale Smet sembra aderire alla tesi di Besson secondo la quale il meta-principio che deve guidare il bilanciamento è quello della dimensione egualitaria dei diritti. Da solo, il criterio del valore astratto non produce effetti pratici considerevoli se non, ad esempio, quello di

⁴⁴⁹ Ivi, p. 45.

⁴⁵⁰ Ivi, p. 46.

porre, come eccezione alla dimensione egalaritaria, il diritto alla vita ad un livello superiore rispetto agli altri diritti⁴⁵¹.

2) *impact criterion*: il criterio dell'impatto unisce l'analisi di due fattori, il danno sofferto astrattamente dai diritti umani in conflitto e il rischio concreto che tale danno si verifichi. Quest'ultimo, in particolare, è un fattore indispensabile per distinguere tra il danno certo e quello che, invece, è una dimensione speculativa⁴⁵².

3) *core-periphery criterion*: il criterio 'centro-periferia' mira a verificare se il danno insiste su di un aspetto centrale o periferico del diritto umano in conflitto. Le ragioni in favore di un diritto sono più forti quando il danno riguarda aspetti centrali di quel diritto, rispetto a danni periferici⁴⁵³.

4) *additional rights criterion*: il criterio dei diritti addizionali permette alla Corte di tenere in considerazione nel bilanciamento di altri diritti eventualmente coinvolti rispetto ai soli diritti in competizione. I diritti addizionali possono appartenere a una delle parti in conflitto ma anche a parti terze⁴⁵⁴.

5) *general interest criterion*: il criterio dell'interesse generale permette alla Corte di determinare se uno – o entrambi – i diritti in conflitto è (sono) supportati da un

⁴⁵¹ Ibidem.

⁴⁵² Ibidem. Per valutare questi due fattori, Smet utilizza una scala di valori ispirata al lavoro di Robert Alexy, ovvero "one scale on which to assess the damage suffered by the conflicting human rights and another on which to evaluate the likelihood that such damage will occur. As for the first set of scales, I propose the use of a five-stage scale, which labels damage suffered by human rights as 'very serious', 'serious', 'moderate', 'light', or 'very light'. [...] As for the second set of scales, I propose – for reasons of symmetry – to also work with five stages. The stages, which express the likelihood that a human right would actually suffer the damage expressed by the first scale, could be 'certain', 'a real and immediate risk', 'reliable', 'maintainable', and 'unlikely'." (p. 47).

⁴⁵³ Ivi, p. 47. Gli esempi addotti da Smet sono i seguenti: "The Court for instance considers political speech to lie closer to the core of freedom of expression than commercial speech. By the same token, it considers the right to protection of health data to lie closer to the core of the right to private life than the right to protection of professional exchange."

⁴⁵⁴ Ivi, p. 48. L'esempio addotto da Smet è il seguente: "The additional rights criterion is, for instance, of immediate relevance in defamation cases that involve allegations of criminal acts for which the person in question has not (yet) been convicted. In such cases, not only the person's right to reputation is at stake, but also her right to the presumption of innocence."

“importante interesse generale” o, detto in altri termini, se la violazione di uno dei due diritti ha rilevanti ricadute a livello sociale⁴⁵⁵.

6) *purpose criterion*: il criterio finalistico ha un'applicabilità molto limitata e riguarda solamente quei diritti che “stanno in piedi” in virtù di altri diritti. Tale criterio mira a risalire alla finalità che ha un diritto specifico rispetto a diritti più generali⁴⁵⁶.

7) *responsibility criterion*: il criterio della responsabilità permette alla Corte di valutare la rilevanza dei doveri correlativi ai diritti in competizione⁴⁵⁷.

I sette argomenti elencati da Smet, costitutivi del bilanciamento strutturato, sono finalizzati a produrre “argomenti riflessivi” che si fondano sulla “forza relativa” delle ragioni in favore o contro i diritti umani in conflitto⁴⁵⁸.

“As a result, a more holistic picture of the conflict takes shape, rather than an artificial scene in which one right is pit against another right in apparent isolation from the context in which the conflict has arisen.”⁴⁵⁹

Rifacendosi esplicitamente al lavoro di Peczenik⁴⁶⁰, Smet sostiene che i sette criteri del bilanciamento strutturato hanno come finalità ultima quella di costruire “reti di ragioni” contrapposte che supportano, ognuna per sé, uno dei diritti in conflitto, fornendo al ragionamento giudiziale un elevato grado di trasparenza e coerenza⁴⁶¹.

⁴⁵⁵ Ibidem.

⁴⁵⁶ Ibidem. Smet fa l'esempio del “superiore interesse del fanciullo” che funge da criterio teleologico per la lettura di vari diritti in conflitto che appartengono sia al fanciullo che, ad esempio, ai genitori.

⁴⁵⁷ Ivi, p. 49.

⁴⁵⁸ Ibidem.

⁴⁵⁹ Ibidem.

⁴⁶⁰ A. Peczenik, *On Law and Reason*, Springer, Dordrecht, 1989.

⁴⁶¹ S. Smet, *Conflicts between Human Rights and the ECtHR*, cit., p. 49.

6.2. Margine di apprezzamento, ovvero la deferenza al legislatore

Il principio di proporzionalità va analizzato in maniera combinata col cd. margine di apprezzamento, una dottrina elaborata dalla Corte di Strasburgo per permettere agli Stati membri di applicare le disposizioni convenzionali, tenendo conto delle proprie circostanze e condizioni nazionali particolari⁴⁶².

Nell'ambito del diritto internazionale questa dottrina ha trovato un largo utilizzo ma ha assunto, nell'ambito della Commissione e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo prima, e della sola Corte poi, una rilevanza e un'autonomia speciali⁴⁶³. A partire dal caso *Lawless c. Irlanda*, i giudici europei iniziarono ad utilizzare questa dottrina nell'analisi delle situazioni di emergenza e delle clausole restrittive contenute negli artt. 8-11 della Convenzione, sebbene sia solamente nel caso *Handyside c. Regno Unito* che la dottrina venne formulata in termini espliciti e dettagliati⁴⁶⁴.

Basata sul già ricordato carattere sussidiario della supervisione convenzionale, la dottrina del margine di apprezzamento si è sviluppata con grande vitalità nelle questioni di ordine morale, etico e culturale proprie di ogni comunità e anche in quelle relative alla sicurezza nazionale e all'ordine pubblico⁴⁶⁵. La dottrina del margine di apprezzamento ha assunto nel tempo il rango di principio fondamentale all'interno dei ragionamenti della Corte di Strasburgo ed è entrato prepotentemente nelle valutazioni di proporzionalità che la stessa è effettuato.

⁴⁶² Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen-Oxford, New York, 2001, p. 2.

⁴⁶³ I. Martín-Sánchez, *Margen de apreciación nacional y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in «Derecho y Religión», vol. IX, a. 2014, pp. 11-36, p. 14.

⁴⁶⁴ Ibidem.

⁴⁶⁵ J. Casadevall, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, cit., p. 145.

6.2.1. Una premessa necessaria: la dimensione istituzionale del Diritto

Nel terzo capitolo si è sostenuto come una concezione adeguata del Diritto sia quella che ne mette in evidenza lo *status* di pratica sociale. Nel par. 5 del presente capitolo, invece, si è dimostrato che anche la Corte di Strasburgo svolge un ruolo nella pratica sociale del Diritto a livello sovranazionale. La Corte EDU, in effetti, è stata descritta come tribunale posto a protezione dei diritti fondamentali, cioè di posizioni giuridiche soggettive che trovano la loro dimensione strutturale all'interno di principi. Accanto a tale dimensione di protezione di diritti sostanziali, però, il Diritto presenta anche una dimensione istituzionale, che deriva dal carattere innegabilmente autoritativo della pratica giuridica.

“Dimensione istituzionale” è chiaramente un'espressione ambigua e per questo Atienza e Ruiz Manero hanno indicato almeno sei sensi della stessa:

a) Cuando hablamos del Derecho como una «realidad institucional» podemos hacer referencia centralmente, en primer lugar, a algo así como la región ontológica a la que pertenece el Derecho. Al calificar la realidad jurídica como una realidad «institucional», aludimos a que el Derecho no pertenece a la esfera de los hechos brutos, ni tampoco a la de los estados mentales, sino a la de aquellos hechos sociales cuya existencia y persistencia depende de la aceptación colectiva de ciertas reglas constitutivas. [...]

b) Un segundo sentido alude a que el Derecho es un conjunto de normas socialmente existentes, esto es, practicadas en una cierta sociedad. [...]

c) Otro de los sentidos que tiene la expresión «institucional», aplicada al Derecho, alude al carácter regimentado de los procedimientos jurídicos de resolución de disputas. [...]

d) Un cuarto sentido de «institucional» alude al hecho de que el reconocimiento de las normas jurídicas como tales y su aceptación como estándares públicos de corrección de las resoluciones no se realiza, por así decirlo, «norma por norma», sino por medio de la aceptación de un sistema de fuentes que consiste centralmente en un sistema de autoridades. [...]

e) Un sexto sentido de «institucional», referido al Derecho, alude a que el sistema jurídico es un subsistema dentro del sistema social global, esto es, es una «institución» en sentido sociológico.⁴⁶⁶

È bene sottolineare come tutti i sensi indicati da Atienza e Ruiz Manero siano relazionati ad una dimensione funzionale del Diritto: il Diritto inteso come istituzione è un insieme di mezzi orientati al perseguimento di alcune finalità specifiche o, per dirlo meglio, alla realizzazione di determinate funzioni⁴⁶⁷ che sono proprie di ogni realtà giuridica. Se il Diritto esiste non esiste (semplicemente) come un fatto, ma anche e soprattutto come un' istituzione⁴⁶⁸ volta al perseguimento di determinati fini che altre dimensioni della vita umana non sarebbero chiamate a perseguire. Volendo essere più precisi il Diritto possiede un'innegabile dimensione istituzionale che dà senso a quei “fatti istituzionali” la cui esistenza dipende dall'esistenza di determinati istituti umani⁴⁶⁹. Gli

⁴⁶⁶ M. Atienza – J. Ruiz Manero, *La dimension institucional del derecho y la justificación jurídica*, cit., pp. 123 – 124.

⁴⁶⁷ Ivi, p. 124.

⁴⁶⁸ N. MacCormick, *Law as Institutional Fact*, in N. MacCormick – O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Kluwer, Dordrecht, 1986, pp. 49 – 76, p. 49.

⁴⁶⁹ J. R. Searle, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Bollati Boringhieri, 2009, p. 82. Sulla differenza tra “fatti bruti” e “fatti istituzionali” v. N. MacCormick, *Il diritto come fatto istituzionale*, in N. MacCormick – O. Weinberg, *Il diritto come istituzione*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 59 – 93, in riferimento al quale si rimanda a A. Abignente, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 107 e ss.

istituti in questione sono *norme costitutive* che danno rilevanza ai fatti istituzionali secondo una logica del tipo “X conta per Y nel contesto Ct”⁴⁷⁰.

La nozione più importante all’interno di un’istituzione che funziona secondo questa logica è quella di “fine” o, meglio detto, riguarda il proposito o i propositi che attribuiscono senso alle norme appartenenti a tale istituzione⁴⁷¹. Da ciò deriva che la “dimensión institucional del Derecho es un ingrediente fundamental del razonamiento jurídico justificativo”⁴⁷², che i giudici devono tenere necessariamente in conto quando sono chiamati ad argomentare in maniera esaustiva e coerente una decisione.

6.2.2. Principi sostanziali e principi istituzionali

La distinzione tra regole e principi di cui si è parlato in precedenza (par. 6.1.1.) è, come visto, un presupposto necessario quando si affronta il tema del principio di proporzionalità e della ponderazione dei diritti. Se s’intende connettere a tale tema quello, vastissimo, del margine di apprezzamento, in un’ottica, potrebbe dirsi, di struttura normativa, è d’uopo scendere maggiormente nel dettaglio della categoria dei principi. I principi che proteggono diritti fondamentali possono essere, come si è visto, principi in senso stretto o direttrici. I primi contengono un divieto, un dovere o un permesso (soltanto) *prima facie* di realizzare una determinata azione, le seconde, invece, ordinano il raggiungimento “nel maggior grado possibile” di certi stati di cose che costituiscono obiettivi collettivi considerati di valore nonostante non di valore ultimo.

⁴⁷⁰ Ibidem.

⁴⁷¹ M. Atienza, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., p. 43.

⁴⁷² M. Atienza – J. Ruiz Manero, *La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica*, cit., p. 120.

Per dare conto di quella che si è definita nel paragrafo precedente come “dimensione istituzionale” del Diritto, bisogna allargare lo schema proposto, affiancando a principi che proteggono diritti fondamentali (*principi sostanziali*), principi che introducono nel ragionamento giustificatorio ragioni che derivano da tale dimensione istituzionale (*principi istituzionali*). Non deve sorprendere che all’interno di ragionamenti di tipo ponderativo il giudice debba valutare non solamente il peso delle ragioni a sostegno di diritti fondamentali ma anche quello delle ragioni a supporto di principi istituzionali come, ad esempio, quello del margine di apprezzamento. A tal proposito, mi pare felice l’espressione utilizzata da Ángeles Ródenas in un recente contributo: “el desafío de los principios institucionales”⁴⁷³. Le ragioni istituzionali, quelle che il giudice deve tenere in considerazione in virtù del carattere istituzionale del Diritto, *sfidano* le ragioni sostanziali volte a proteggere i diritti fondamentali. Addirittura – afferma Ródenas – “algunas instituciones jurídicas están diseñadas precisamente para hacer prevalecer en determinadas circunstancias consideraciones institucionales sobre derechos fundamentales”⁴⁷⁴, sebbene tale circostanza non debba essere portata alle sue conseguenze estreme, ovvero che la salvaguardia della dimensione istituzionale si trasformi nel bene supremo o assoluto⁴⁷⁵.

Affianco a ragioni giustificatorie sostanziali, dunque, esistono anche ragioni istituzionali che, in astratto, vincolano gli operatori giuridici con la medesima forza e non sono astrattamente subordinate o prevalenti rispetto alle prime; sarà il caso, di volta in volta, a determinare quali ragioni debbano prevalere⁴⁷⁶.

⁴⁷³ Á Ródenas, *¿Son absolutos los derechos humanos? El desafío de los principios institucionales*, in « DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho », Edición especial (2017), pp. 211 – 216.

⁴⁷⁴ Ivi, p. 213.

⁴⁷⁵ Ivi, p. 214.

⁴⁷⁶ Ibidem.

6.2.3. Il margine di apprezzamento come principio istituzionale in senso stretto.

All'interno della classe dei principi istituzionali appena introdotta trova albergo un'ulteriore distinzione: quella tra principi istituzionali in senso stretto e direttrici istituzionali. I *principi istituzionali in senso stretto*, tra i quali rientra anche il margine di apprezzamento, “no determinando las condiciones en las que prevalecen frente a otras pautas que orienten la decisión en otro sentido, exigen, en caso de prevalencia, un cumplimiento pleno”; le *direttrici istituzionali*, quelle generalmente vincolate all'idea di efficacia del Diritto e al funzionamento tecnico dello stesso, “constituyen más bien [...]mandatos de optimización”⁴⁷⁷.

Il margine di apprezzamento, come detto, rientra tra i principi istituzionali in senso stretto in virtù del fatto che, nel bilanciamento con altre ragioni, esige, quando applicabile, un'osservanza piena. Il problema principale sta nel comprendere quando una ragione istituzionale come quella del margine di apprezzamento può superare in maniera netta e decisiva ragioni di tipo sostanziale che sono, ad esempio, la risultante del bilanciamento tra diritti umani in conflitto.

⁴⁷⁷ M. Atienza – J. Ruiz Manero, *La dimension institucional del derecho y la justificación jurídica*, cit., p. 120. I due autori, nel parlare di principi istituzionali, si ispirano chiaramente a R. S. Summers, *Two Type of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification*, in «Cornell Law Faculty Publications», 6-1978, pp. 707 – 787. Secondo Summers una buona ragione sostanziale è quella che deriva la propria forza giustificativa da considerazioni di ordine morale, economico, politico o istituzionale. Esistono, a suo avviso, tre tipi fondamentali di ragioni sostanziali: 1) ragioni finaliste, 2) ragioni di correttezza e, infine, 3) ragioni istituzionali. La *ragione finalista* “derives its force from the fact that, at the time is given, the decision it supports can be predicted to have effects that serve a good social goal” (p. 717). La *ragione di correttezza*, invece, “draws its force from the way in which the decision accords with a sociomoral norm of rightness as applied to a party's actions or to state of affairs resulting from those actions, The applicability of most such norms cannot be determined without reference to how the case *came about*” (p. 718). La *ragione istituzionale*, infine, “is a goal reason or a rightness reason that is «tied» to a specific institutional role or process. It derives its force from the way in which the projected decision would serve goals or accord with norms of rightness applicable to the actions of participants (including officials) in institutional roles and processes.” (p. 722).

Si guardi, anzitutto, alla *ratio* del margine di apprezzamento, che convoglia in sé valutazioni riguardanti la sussidiarietà, ovvero la divisione di ruoli tra la Corte e le autorità nazionali e la maggior capacità che hanno queste ultime nel valutare le misure adottate⁴⁷⁸; attraverso tale principio la Corte lascia agli Stati “una certa discrezionalità nell’individuare le forme e i modi in cui attuare e tutelare i diritti sanciti nella CEDU” che, comunque, non ha impedito alla stessa di censurare scelte importanti del legislatore o dei giudici nazionali⁴⁷⁹. Accanto a questa esigenza di mantenere un equilibrio tra la tutela minima dei diritti convenzionali e il rispetto delle caratteristiche nazionali, vi è, spesso, però la volontà della Corte di sottrarsi ad una motivazione del provvedimento rigorosa⁴⁸⁰. Nel momento in cui la Corte decide di non entrare nel merito della questione, assumendo un atteggiamento deferente nei confronti del legislatore nazionale, essa non si sta però sottraendo alle logiche del bilanciamento. È bene chiarire questo punto. Se si entra nell’ottica secondo la quale accanto a ragioni di tipo sostanziale, la cui forza giustificativa risiede nella protezione dei diritti fondamentali, esistono anche ragioni istituzionali è facile comprendere come siano queste stesse ragioni ad entrare nel gioco del bilanciamento. Non solo. La Corte, ed è emblematica in tal senso la decisione *Axel Springer c. Germania*, si mette alla ricerca di ragioni sostanziali forti che siano capaci di mettere in discussione la decisione nazionale ma quando non le ravvisa dà prevalenza al principio istituzionale del margine di apprezzamento⁴⁸¹. Come giustamente sottolineato da George Letsas

⁴⁷⁸ S. Smet, *Introduction – Conflicts of Rights in Theoretical and Comparative Perspective*, in in S. Smet – E. Brems (eds.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights*, cit., pp. 1 – 20, p. 17.

⁴⁷⁹ P. Parolari, *Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: il “dialogo” tra le corti nel disordine delle fonti*, in «Diritto&Questioni Pubbliche», XVII, 2017/ 1 (giugno) 2017, pp. 31 – 58, p. 46.

⁴⁸⁰ M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, cit., p. 183.

⁴⁸¹ S. Smet, *Introduction*, cit., p. 17.

“[...]the distinction is between cases where no violation is found because the Court believes that the applicant’s human rights have not been violated and cases where the Court will not declare a violation or will not fully scrutinize decisions made by national authorities for reasons having to do with the status of the ECHR as an international convention.”⁴⁸²

Chiaramente, nel primo gruppo di decisioni indicate da Letsas rientrano anche quelle in cui la Corte sancisce l’avvenuta violazione di un diritto convenzionale. Quanto, invece, al secondo gruppo, è opportuno soffermarsi sul tipo di ragioni che la Corte utilizza nell’assunzione di un atteggiamento deferente nei confronti del legislatore nazionale. Molti autori, con Letsas, riconducono questa dottrina della Corte alla sua natura di tribunale internazionale che, dunque, nei rapporti con le autorità nazionali è in evidente posizione di svantaggio nel valutare le misure da queste adottate. È quindi il funzionamento della macchina del Diritto a richiedere un passo indietro della Corte di Strasburgo su determinate questioni. Non è da sottovalutare, tuttavia, quello che nel par. 5.1. si è definito come il ruolo costituzionale della Corte di Strasburgo. Se, infatti, non può negarsi che la Corte EDU sia, dal punto di vista istituzionale, una Corte internazionale, la stessa ha assunto, e conferma attraverso ogni sua pronuncia, un ruolo di tipo costituzionale a livello europeo che trova la sua espressione maggiore nella garanzia di livelli minimi di protezione dei diritti fondamentali in tutti i Paesi europei che hanno aderito alla Convenzione.

La ragione istituzionale che sta alla base del margine di apprezzamento (RI₁) deve, a mio avviso, essere bilanciata con un’altra ragione istituzionale che trova fondamento

⁴⁸² G. Letsas, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in «Oxford Journal of Legal Studies», vol. 26, No. 4 (2006), pp. 705 – 732, p. 707.

giustificativo nella salvaguardia di un livello minimo di garanzia dei diritti a livello europeo (RI₂). La Corte non può applicare *sic et simpliciter* il margine di apprezzamento senza averlo prima bilanciato con la ragione del livello minimo di garanzia. Con ciò voglio sostenere che un atteggiamento deferente nei confronti del legislatore nazionale è motivato in merito alle modalità che quest'ultimo adotta nel garantire un diritto convenzionale, valutazione che deve però essere postuma alla verifica del rispetto di un livello minimo di garanzia del diritto convenzionale. Se, infatti, la Corte fonda la propria decisione su RI₁ senza nemmeno prendere in considerazione RI₂, si espone alle critiche di quegli studiosi che parlano, giustamente, di “accondiscendenza” nei riguardi delle decisioni statali. Un bilanciamento ben argomentato tra RI₁ e RI₂ avrebbe invece l'effetto di rendere più controllabile la decisione della Corte, nonché di farla apparire più persuasiva nei confronti degli Stati aderenti e, in generale, di tutti coloro che partecipano alla pratica sociale del Diritto europeo ed internazionale. È chiaro che RI₁ si fonda su argomentazioni di tipo meramente istituzionale, mentre RI₂ include anche valutazioni di tipo sostanziale; per verificare se un diritto è stato garantito quantomeno ad un livello minimo bisogna, infatti, entrare nel merito della questione e comprendere se la struttura normativa del diritto (presuntamente) violato sia compatibile con la misura adottata dal legislatore nazionale. Potrebbe dirsi, dunque, che mentre RI₁ è una ragione *meramente istituzionale*, RI₂ è una ragione *mista* che include in sé considerazioni di tipo istituzionale (garanzia dei livelli minimi di protezione dei diritti fondamentali) e sostanziale (valutazione circa l'effettiva violazione o meno del diritto fondamentale).

Quando la Corte fa ricorso in maniera a-critica e sbrigativa al principio del margine di apprezzamento, oltre a conferire prevalenza assoluta ad una ragione meramente istituzionale, si sottrae al proprio ruolo di garante di un livello minimo di protezione dei

diritti convenzionali. Si guardi, ad esempio, al parametro più rilevante utilizzato dalla Corte di Strasburgo in materia di margine di apprezzamento: il consenso più o meno diffuso a livello europeo sulla questione esaminata⁴⁸³. La Corte, come segnalato da Toscano, “tende ad allargare o restringere il margine di apprezzamento in misura inversamente proporzionale all’ampiezza del consenso registrabile tra i Paesi del Consiglio”, trasformandosi in tal modo in “ancella del cambiamento, anziché sua artefice”⁴⁸⁴.

⁴⁸³ M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, cit., p. 185. Sul punto v. ampiamente K. Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, 2015.

⁴⁸⁴ Ivi, p. 186.

5.

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO IN MATERIA RELIGIOSA. ANALISI E VALUTAZIONE

0. ANALISI E VALUTAZIONE DI UN'ARGOMENTAZIONE. UNA BREVE NOTA METODOLOGICA ...

0.1. Le tre dimensioni dell'argomentazione giuridica.

0.2. L'analisi di un'argomentazione

0.2.1. *L'analisi di un'argomentazione giudiziale.*

0.3. La valutazione di un'argomentazione

0.3.1. *Criteri di valutazione di un'argomentazione giudiziale.*

1. DIRITTO A NON DICHIARARE LE PROPRIE CONVINZIONI RELIGIOSE.

1.1. Analisi e valutazione del caso CEDU, 2 febbraio 2010, Sinan Işik c. Turchia.

2. DIRITTO A SEGUIRE LE PRESCRIZIONI ALIMENTARI DELLA PROPRIA CONFESSIONE.

2.1. Analisi e valutazione del caso CEDU, 27 giugno 2000, Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia.

3. DIRITTO DEI GENITORI A SCEGLIERE PER I FIGLI UN'EDUCAZIONE CONFORME ALLE PROPRIE CONVINZIONI RELIGIOSE

3.1. Analisi e valutazione del caso CEDU, 18 maggio 2011, Lautsi c. Italia.

3.2. Analisi e valutazione del caso CEDU, 10 gennaio 2017, Osmanoglu e Kocabas c. Svizzera.

4. DIRITTO AD UN ABBIGLIAMENTO RELIGIOSO.

4.0. Premessa. Breve introduzione sulla giurisprudenza rilevante della Corte di Strasburgo in materia di abbigliamento religioso.

4.1. Analisi e valutazione del caso CEDU, 1 luglio 2014, S.A.S c. Francia.

0. ANALISI E VALUTAZIONE DI UN'ARGOMENTAZIONE. UNA PREMESSA METODOLOGICA.

Nel presente capitolo proverò ad analizzare e valutare alcune delle più rilevanti pronunce giurisprudenziali della Corte di Strasburgo in materia di libertà religiosa, confrontandole anche e soprattutto con il modello normativo (o prescrittivo, che dir si voglia) di “laicità flessibile” proposto all’interno del terzo capitolo. A tal fine, si rende necessaria una premessa metodologica che risponda al quesito su come analizzare e valutare un’argomentazione. Per rispondere a tale domanda mi servirò del modello elaborato da Manuel Atienza all’interno del suo *Curso de argumentación jurídica*⁴⁸⁵.

0.1. Le tre dimensioni dell’argomentazione giuridica

Secondo Manuel Atienza, il concetto di argomentazione giuridica⁴⁸⁶ può essere spiegato solamente prendendo in considerazione le sue diverse “concezioni” o “dimensioni”: formale, materiale e pragmatica. Tutte e tre le dimensioni possono essere lette attraverso la nozione di “problema”.

⁴⁸⁵ M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013. Il testo riprende la proposta già contenuta nel precedente M. Atienza – A. Lozada Prado, *Cómo analizar una argumentación jurídica*, Cevallos Editora Jurídica, Quito, 2009.

⁴⁸⁶ Atienza insiste molto sulla complessità del concetto di “argomentazione”, rispetto al quale, però, indica alcuni elementi connotativi imprescindibili: “1) Argomentare è sempre un’azione relativa ad un linguaggio[...]; 2) Un’argomentazione [...]presuppone sempre un problema, una questione. [...]; 3) Ci sono due forme caratteristiche di vedere l’argomentazione: come un processo, come un’attività (l’attività di argomentare) e come il prodotto o il risultato della stessa (gli enunciati o le affermazioni in cui consiste o in cui si traduce l’argomentazione: gli argomenti). [...]; 4) Infine, argomentare è un’attività razionale non solo nel senso che è un’attività diretta ad un fine, ma anche nel senso che vi sono sempre criteri per valutare un’argomentazione[...].” (M. Atienza, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell’argomentazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 67 – 72).

La *dimensione formale* dell'argomentazione è indirizzata alla risoluzione di problemi di tipo formale, che fanno astrazione dal contenuto e dal contesto. Suo strumento principale è la logica che si occupa non di argomenti quanto piuttosto di schemi di argomenti⁴⁸⁷. Questa dimensione dell'argomentazione giuridica è, dunque, indirizzata allo studio formale dei ragionamenti e delle *inferenze* servendosi della logica che anziché porre l'enfasi sulle premesse e le conclusioni di tali ragionamenti si sofferma “sul passaggio dalle premesse alla conclusione”, ovvero “alle relazione di inferenza”⁴⁸⁸. Risulta chiaro come un concetto di argomentazione appiattito sulla sola dimensione formale sia insoddisfacente per l'operatore giuridico. Presa da sola, infatti, non solo la logica “non permette [...] di giustificare (o spiegare, verificare, predire) niente”, ma, soprattutto, essa non è idonea a render conto di tutti i tipi di argomenti⁴⁸⁹.

Come spiega Atienza:

“In termini generali, occorre dire che i contributi più importanti della logica all'argomentazione giuridica consistono in quanto segue:

1. Offrire argomenti, forme di argomentazione, che aiutano ad ordinare gli argomenti e a dare, quanto meno, una prima idea della loro possibile bontà.[...]La conoscenza della logica dà chiarezza all'argomentazione.

2. Fornire un aiuto importante per l'interpretazione e la concettualizzazione. La logica fornisce un linguaggio – formale – attraverso il quale *tradurre* gli argomenti del linguaggio naturale e permette per questo di rendersi conto che uno stesso argomento [...] espresso in linguaggio naturale può essere formalizzato (interpretato) in diversi modi.[...]

⁴⁸⁷ Sul punto v. ampiamente M. Atienza, *Diritto come argomentazione*, cit., pp. 109 -186.

⁴⁸⁸ Ivi, p. 110.

⁴⁸⁹ Ivi, p. 183.

3. Fornire un criterio per il controllo degli argomenti. [...]”⁴⁹⁰

La *dimensione materiale* dell’argomentazione è un approccio all’argomentazione che non fa completa astrazione dal contenuto degli argomenti e li contestualizza tenendo in conto il luogo in cui gli stessi vengono utilizzati⁴⁹¹. Il concetto-chiave della dimensione materiale dell’argomentazione è quello di *ragione*; essa si concentra, infatti, su quali tra le ragioni (o premesse) di un ragionamento possano o meno essere considerate buone⁴⁹². A differenza della dimensione formale che, come detto, si concentra sulla correttezza delle inferenze, la dimensione materiale è incentrata sulla correttezza delle ragioni offerte a sostegno di un’argomentazione.

La *dimensione pragmatica* dell’argomentazione, infine, si pone l’obiettivo di “socializzare” le buone ragioni selezionate attraverso la dimensione materiale, ossia “le premesse finiscono per essere le tesi accettate dagli altri e, di conseguenza, possono funzionare come punti di partenza o di dinamizzazione di un processo retorico o dialettico”⁴⁹³. Questa dimensione dell’argomentazione, infatti, può essere scissa in due ulteriori sotto-dimensioni, quella retorica e quella dialettica. Mentre nella retorica le buone ragioni sono poste al servizio di discorsi lunghi volti alla persuasione di un uditorio, nella dialettica le stesse ragioni sono sottoposte a verifica continua dell’interlocutore al quale è data possibilità di accoglierne il contenuto o sconfessarne la bontà. Il concetto-chiave della dimensione pragmatica è, dunque, quello di *persuasione*: le ragioni utilizzate come

⁴⁹⁰ Ivi, p. 186.

⁴⁹¹ Sul punto v. ampiamente M. Atienza, *Diritto come argomentazione*, cit., pp. 187 – 260.

⁴⁹² Ivi, p. 188.

⁴⁹³ Sul punto v. ampiamente M. Atienza, *Diritto come argomentazione*, cit., pp. 261 – 305.

premesse del ragionamento devono mostrarsi idonee a persuadere un uditorio o il proprio interlocutore.

0.2. L'analisi di un'argomentazione

Le tre dimensioni dell'argomentazione sono divise da Manuel Atienza a scopo didattico. Se le si guarda congiuntamente, infatti, esse costituiscono il nucleo essenziale di un'argomentazione giuridica, la cui analisi dipende dalla descrizione e comprensione dei suoi elementi formali, materiali e pragmatici, così come descritti nel paragrafo precedente⁴⁹⁴. Si badi bene che Atienza parla a proposito dell'analisi di un'argomentazione non solo di *descrizione* ma anche di *comprensione* della stessa. L'attività del comprendere, che è molto diversa dalla semplice mappatura degli elementi fondamentali di un'argomentazione giuridica, implica, secondo Atienza, l'assunzione da parte di colui che analizza di determinate decisioni; essa si basa, in altre parole, su di un precedente procedimento interpretativo che, ad esempio, riconosce determinate premesse implicite al del ragionamento⁴⁹⁵.

Un'operazione molto rilevante quando si analizza un'argomentazione giuridica, anche se non sempre necessaria (si pensi, ad esempio, a ragionamenti molto semplici), consiste nella *rappresentazione* delle argomentazioni, degli argomenti e delle linee argomentative⁴⁹⁶.

- L'argomentazione è

⁴⁹⁴ M. Atienza – A. Lozada Prado, *Cómo analizar una argumentación jurídica*, cit., p. 20.

⁴⁹⁵ M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 423.

⁴⁹⁶ Ivi, p. 424.

“[...]todo el conjunto de pasos, actos de lenguaje y enunciados que tienen lugar entre el planteamiento de una pregunta inicial (un problema), con que se abre la argumentación, y la respuesta a la misma (la solución – argumentativa – del problema), que significa el cierre de la argumentación. Básicamente consiste en un conjunto de argumentos y de líneas argumentativas.”⁴⁹⁷

- L’ *argomento*, invece, è

“[...]una razón (formulada por medio de un enunciado) a favor o en contra de una determinada tesis (expresada esta última también en forma de un enunciado). Consta, por tanto, de tres elementos: la razón (la premisa), la tesis (la conclusión) y la vinculación – el ser una razón a favor o en contra – que se establece entre ambos (la inferencia).”⁴⁹⁸

- Infine, la *linea argomentativa* consiste in

“[...]un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido: a defender una tesis o a atacarla.”⁴⁹⁹

L’argomentazione giuridica, secondo Atienza, ha, dunque, un andamento problematico; ciò vuol dire che la stessa prende le mosse da un *problema* che fa emergere la necessità di argomentare⁵⁰⁰. Il flusso di informazioni che prende le mosse dal problema può essere rappresentato attraverso *linee*, indicative di passaggi non argomentativi, e *freccie* che, invece, si riferiscono ad argomenti in favore o contro una certa tesi. Tali argomenti

⁴⁹⁷ M. Atienza – A. Lozada Prado, *Cómo analizar una argumentación jurídica*, cit., p. 39.

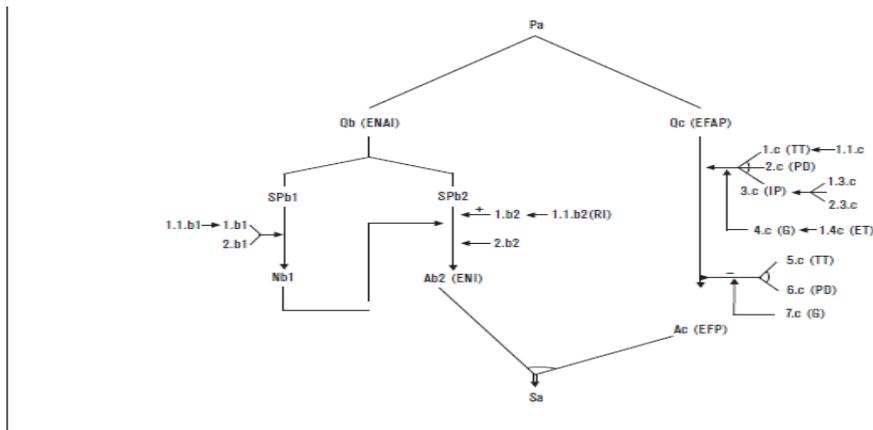
⁴⁹⁸ Ivi, p. 40.

⁴⁹⁹ Ibidem.

⁵⁰⁰ M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 423.

possono essere semplici o complessi, a seconda del fatto che siano indipendenti o interdipendenti tra loro⁵⁰¹.

Si riporta di seguito il diagramma elaborato da Atienza per rappresentare l'analisi di un'argomentazione⁵⁰²:



L'argomentazione si genera sempre a partire da un problema (P), espresso attraverso un contenuto proposizionale, *a*. Ad esempio, se una persona deve o non deve essere condannata, se qualcuno si dichiara o meno proprietario di un determinato bene, ecc.⁵⁰³ Partendo dal problema, dunque, l'argomentazione si dirama, o, meglio detto, la soluzione del problema dipende da due questioni (Q). Quella di sinistra è una questione di tipo interpretativo: come deve intendersi il contenuto proposizionale, *b*, che rappresenta un enunciato normativo da interpretare (ENAI). Quella di destra, invece, è una questione probatoria: si è verificato o meno il fatto descritto nella proposizione *c*? Per la risoluzione di questa questione si ha a che fare con un enunciato fattuale da provare (EFAP).

⁵⁰¹ Ivi, p. 424.

⁵⁰² Ivi, p. 427.

⁵⁰³ Atienza ritiene, infatti, che i problemi giudiziari si pongono sempre in termini binari. Sul punto v. ampiamente il recente M. Atienza, *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*, in J. Aguiló Regla – P. P. Grández Castro, *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Palestra Editores, Lima, 2017, pp. 11 – 40, pp. 22 – 23.

La questione a sinistra (questione interpretativa) porta a considerare due supposizioni (SP), ovvero, l'enunciato può considerarsi in due maniere distinte: come b1 o come b2. La prima supposizione è negata (Nb1) da un argomento complesso che consta di tre ragioni: 1.b1 e 2.b1 sono ragioni (ognuna delle quali è una ragione non completamente indipendente dall'altra) a favore del passaggio dalla supposizione di 1.b1 alla sua negazione. Invece, 1.1.b1 è una ragione esclusivamente a favore di 1.b1. Dall'altra parte, la negazione di b1 è anche una ragione per affermare l'interpretazione contraria: Ab2. Però qui sorgono altre due ragioni, completamente indipendenti tra loro, per affermare l'interpretazione che in principio si era supposta: una di queste è 1.b2, a sostegno della quale c'è anche un'altra ragione, 1.1.b2, che è una regola d'interpretazione; e il segno «+» che appare sulla freccia indica che questa è una ragione alla quale colui che argomenta ha attribuito un peso considerevole; l'altra ragione, 2.b2, enuncia un argomento semplice, indipendente, a sostegno del passaggio da SPb2 a Ab2.

La questione di destra è risolta nel ritenere provato il fatto descritto in c . Per questo, per passare da Qc (EFAP) all'affermazione di c : Ac (EFP) si articola in un argomento complesso che consta di quattro ragioni. Le prime tre, 1.c, 2.c e 3.c, sono elementi di prova: rispettivamente, una testimonianza (TT), una prova documentale (PD) e una perizia (IP); l'arco che unisce le tre frecce indica che le tre ragioni costituiscono congiuntamente un argomento, sebbene nessuna delle tre costituisca di per sé un argomento; a sua volta, a favore di 1.c si adduce una ragione, e a favore di 3.c due ragioni, 1.3.c e 2.3.c, connesse tra loro in forma disgiunta: ognuna costituirebbe di per sé un argomento a favore di 3.c. La quarta ragione, 4.c, è un enunciato generale (ad esempio, una massima d'esperienza), a favore della quale c'è una nuova ragione, 1.4.c, che costituisce un enunciato teorico (es. una dottrina dogmatica); questa ragione conferisce

forza per passare dall'insieme delle anteriori all'affermazione che *c* si è verificato (Ac). Però, c'è anche un altro insieme di ragioni (5.c e 6.c sono altri elementi di prova e 7.c un enunciato generale) dove il senso della freccia è invertito; questo perché le tre ragioni costituiscono un argomento contrario alla prova del fatto che *c* si sia verificato; tuttavia, si tratta di un argomento più debole di quello precedente (ciò è segnalato con «-»), e quindi si conclude affermando che *c* si è verificato⁵⁰⁴.

0.2.1. Segue. L'analisi di un'argomentazione giudiziale

Se si guarda nello specifico ad uno dei tipi di argomentazione giuridica esistenti, ovvero quella condotta dal giudice nel motivare una sentenza⁵⁰⁵, bisogna tenere in conto una serie di elementi che appaiono imprescindibili:

- 1) La *narrazione*, ovvero i fatti del caso così come introdotti nel giudizio dalle parti.
- 2) Il *problema giuridico* dal quale emerge la necessità di argomentare.
- 3) Le *questioni* o *sub-questioni* dalle quali dipende la soluzione del problema.
- 4) Le *risposte* a tali questioni.
- 5) Le *ragioni* su cui si basano le risposte anteriori.
- 6) La *soluzione* del problema, ovvero la chiusura del flusso di informazioni che parte dal problema.

⁵⁰⁴ M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 427 – 429.

⁵⁰⁵ Sull'argomentazione giudiziale in particolare v. ampiamente J. Aguiló Regla – P. P. Grández Castro, *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, cit. Nel volume, molto recente, M. Atienza, *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*, cit., p. 11 afferma che “El razonamiento judicial constituye solo un tipo, aunque muy importante, de razonamiento jurídico”. Accanto all'argomentazione giudiziale, infatti, Atienza pone anche l'argomentazione degli avvocati, quella del legislatore, quella delegata ad organi arbitrali e quella operata dalla dogmatica giuridica. Sul punto v. ampiamente M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 703 – 722.

7) La *decisión*.⁵⁰⁶

Se si guarda, in particolare, all'elemento 5) dell'argomentazione giudiziale, può affermarsi, con Atienza, che “motivar una decisión judicial consiste en ofrecer buenas razones organizadas en la forma adecuada para que sea posible la persuasión”⁵⁰⁷. La fusione delle dimensioni formale, materiale e pragmatica all'interno di questo inciso è evidente. Il giudice seleziona gli argomenti da porre a fondamento della propria decisione attingendo ad un bagaglio di ragioni buone (dimensione materiale), che organizza in maniera rigorosa servendosi degli strumenti della logica (dimensione formale) e che si rivelino altresì idonee allo scopo della persuasione di coloro ai quali sono indirizzati gli effetti della sentenza, fondandosi su di un adeguato utilizzo delle tecniche retoriche (dimensione pragmatica). Ne consegue che la motivazione non deve essere solamente “sufficiente”, cioè soddisfare il dovere giuridico di motivare, ma deve anche e soprattutto essere “corretta”, incentrata cioè sull'uso di ragioni buone, ben organizzate e persuasive⁵⁰⁸. Ma se ci si sposta dal piano dell' essere della sentenza (la sentenza così com'è) a quello del dover essere (la sentenza come avrebbe dovuto essere) è opportuno introdurre un secondo strumento, quello della valutazione dell'argomentazione.

0.3. La valutazione di un'argomentazione

Il passo successivo rispetto all'analisi di una valutazione è quello della sua valutazione. Mentre l'analisi si sostanzia, come detto, nella descrizione e comprensione dell'argomentazione, la valutazione consiste nel produrre un giudizio intorno all'argomentazione analizzata distinguendo, in generale, tra le “buone” argomentazioni e

⁵⁰⁶ Ivi, pp. 429 – 431.

⁵⁰⁷ M. Atienza, *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*, cit., p. 20.

⁵⁰⁸ Ivi, p. 21.

le “cattive” argomentazioni⁵⁰⁹. Un’argomentazione può essere buona o cattiva in un doppio senso: tecnico o morale. In senso “tecnico”, un’argomentazione è buona quando è svolta con abilità, adoperando ragioni idonee al raggiungimento di un determinato risultato; in senso “morale”, invece, un’argomentazione è buona quando si attiene fedelmente a determinati criteri di correttezza morale. Nulla esclude che una decisione tecnicamente corretta si riveli poi moralmente ingiusta⁵¹⁰.

Per valutare una motivazione giudiziale è opportuno verificare che essa si presenti in una forma logica riconoscibile, rispettosa cioè di un criterio di inferenza valido; che le ragioni utilizzate nella sentenza si rivelino rilevanti e sufficientemente solide; infine, che le ragioni offerte si dimostrino idonee a persuadere un uditorio rispondente a determinate condizioni ideali: sufficiente informazione, atteggiamento imparziale e razionalità⁵¹¹. Chiaramente quest’operazione ha come presupposto l’attribuzione di un grado minimo di oggettività ai criteri di valutazione. Se, infatti, sono pochi i dubbi circa l’oggettività delle regole logiche, non può certo affermarsi lo stesso per quanto riguarda i criteri materiali e pragmatici dell’argomentazione⁵¹². Contestando l’argomento degli scettici secondo il quale non esistono criteri obiettivi per giudicare la qualità degli argomenti utilizzati in materia di Diritto, soprattutto in virtù di una mancanza di accordo sugli stessi, Atienza evidenzia, innanzitutto, come il solo deficit convenzionale non sia di per sé idoneo ad escludere che esistano risposte corrette e risposte sbagliate ad una questione⁵¹³ e poi come, troppe volte, si tenda ad enfatizzare la mancanza di consenso tra i giuristi che riconoscono, come in

⁵⁰⁹ M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 547.

⁵¹⁰ Ivi, p. 548.

⁵¹¹ Ivi, p. 549.

⁵¹² Ibidem.

⁵¹³ Ivi, p. 550.

tutte le pratiche, dei criteri di correttezza⁵¹⁴. Inoltre sebbene si debba porre in evidenza una differenza netta tra la scienza e il diritto e, dunque, escludere che il giurista sia chiamato a mettersi alla ricerca di criteri scientifici per la valutazione di un'argomentazione, ciò non vuol dire che non possano aversi anche in ambito giuridico criteri che “permiten, en todo caso, excluir mucca respuestas – muchas argumentaciones – como no correctas y muy a menudo (o por lo menos, frecuentemente) determinar una como correcta”⁵¹⁵. Infine, e forse questo è l'argomento più importante utilizzato da Atienza per sostenere l'oggettività di alcuni criteri di valutazione dell'argomentazione,

“[...]negar que existan criterios objetivos implicaría también reconocer que no es posible una crítica (una crítica racional, fundada) de las decisiones judiciales, lo cual parece contradecir lo que son nuestras prácticas que, si tuvieran razón los escepticos, simplemente carecerían de sentido. Si (en los casos difíciles) no existen tales criterios, entonces lo único que queda es la autoridad; esto es, los jueces (digamos, los jueces supremos, los que ponen fin a las controversias) no podrían cometer errores: sus decisiones no sólo serían últimas, sino también infalibles.”⁵¹⁶

0.3.1. Criteri di valutazione di un'argomentazione giudiziale

Se la verifica della correttezza logico-formale di un'argomentazione non pone grandi problemi, soprattutto in virtù dell'accordo quasi totale che insiste sui criteri della logica deduttiva, lo stesso non può dirsi per altri criteri di valutazione: universalità, coerenza, adeguamento alle conseguenze, morale sociale e morale giustificata.

⁵¹⁴ Ivi, p. 551.

⁵¹⁵ Ivi, p. 550.

⁵¹⁶ Ivi, p. 551.

- *Universalità*. Il primo criterio di valutazione dell'argomentazione giudiziale su cui si sofferma Atienza è quello dell'universalità. Rifacendosi al principio di universalizzabilità kantiano, nonché ad una delle regole fondamentali del discorso razionale, Atienza afferma che “en relación con problemas normativos, lo que quiere decir entonces la universalidad [...]es que el criterio utilizado para construir la premisa normativa, la *ratio decidendi*, no puede ser *ad hoc*”⁵¹⁷. L'utilizzo di categorie che si presentino universalizzabili, ovvero utilizzabili per casi analoghi che presentino determinate proprietà, è un elemento fondamentale per comprendere se una decisione sia corretta in termini di giustizia.
- *Coerenza*. La nozione di coerenza riveste un ruolo molto rilevante con riferimento al ragionamento giuridico e va differenziata rispetto alla semplice consistenza logica che si sostanzia nella semplice non contraddittorietà, proprietà di un'argomentazione facilmente rilevabile. Esistono due tipi di coerenza. La *coerenza normativa* è data dall'aderenza di una norma (o un insieme di norme) ai principi e ai valori che caratterizzano un determinato ordinamento giuridico. La *coerenza narrativa*, invece, permette di considerare provato un fatto, un'ipotesi fattuale, in virtù di una serie di regole scientifiche, relazioni di causalità, massime di esperienza etc⁵¹⁸.
- *Adeguamento alle conseguenze*. Rifacendosi alla nota teoria di MacCormick sul consequenzialismo, Atienza indica un ulteriore elemento di valutazione

⁵¹⁷ Ivi, p. 555.

⁵¹⁸ Ivi, pp. 554 – 557.

dell'argomentazione giudiziale nel corretto adeguamento del ragionamento alle sue conseguenze sul piano pratico.

- *Morale sociale.* Il riferimento alla morale sociale è, spesso, esplicito all'interno della norma che contiene concetti giuridici indeterminati, ma può anche capitare che la stessa rivesta un ruolo nel ragionamento del giudice a prescindere dal riferimento letterale. Secondo Atienza, il riferimento alla morale sociale contribuisce alla persuasività della sentenza e al rispetto che questa dimostra per il dato democratico ma presenta allo stesso tempo degli inconvenienti: a) può non essere semplice individuare l'opinione maggioritaria su una determinata questione o potrebbe non esserci affatto un'opinione maggioritaria; b) non può escludersi la possibilità che tali opinioni, anche se maggioritarie, nascondano pregiudizi che vanno contro i valori dell'ordinamento; c) secondo i relativisti, non esistono criteri oggettivi per valutare la correttezza della morale e, dunque, anche l'argomento maggioritario non può essere utilizzato in tal senso; d) le costituzioni contemporanee incorporano un codice morale all'interno dei diritti che non riflette semplicemente la morale stabilita: essa è piuttosto una morale critica o giustificata⁵¹⁹.
- *Morale giustificata.* Per valutare la correttezza dell'argomentazione giuridica, Atienza ritiene altresì necessario il riferimento ad una morale giustificata, ossia ad una teoria etica (precisamente, di etica normativa) che, sostenendo

⁵¹⁹ Ivi, pp. 557 – 559.

l'oggettivismo morale, indicano un metodo per scoprire la correttezza degli argomenti morali⁵²⁰.

- *Ragionevolezza*. La ragionevolezza è, secondo Atienza, il criterio di chiusura in materia di valutazione dell'argomentazione. Include tutti gli altri criteri, bilanciandoli, ed affianca ad essi l'elemento dell'accettabilità, intesa come *medium* tra il consenso di fatto (che presenta problematiche come quelle sollevate dalla morale sociale) e consenso razionale.

⁵²⁰ Ivi, pp. 560 – 562. Atienza sostiene, in merito, una posizione vicina al costruttivismo o preceduralismo morale difeso da Rawls, Habermas e Nino, secondo il quale i principi di una morale giustificata sarebbero quelli a cui si giungerebbe per consenso all'esito di una discussione regolata da norme più o meno idealizzate.

1. Diritto a non dichiarare le proprie convinzioni religiose

1.1. Analisi e valutazione del caso CEDU, 2 febbraio 2010, *Sinan Işik c. Turchia*

1.1.a. Fatto

Il 7 maggio 2004 Sinan Işik, di confessione alevita, intenta un'azione dinanzi alla Corte d'appello di Izmir tendente ad ottenere l'iscrizione della dicitura "alevita" sulla sua carta d'identità in luogo di quella di "islam". L'alevitismo è una confessione molto radicata nella storia e nella società turche, con influenze profonde ad opera di credenze preislamiche. Mentre secondo alcuni la confessione alevita costituisce una religione a parte, per altri essa è solamente l' "essenza" o la "forma originaria" dell'Islam. Işik afferma che la sua carta d'identità, compilata dall'ufficiale di stato civile, contiene una rubrica dedicata alla religione dove è riportata la dicitura "islam", confessione alla quale egli non appartiene.

1.1.b Iter processuale

- Il 7 maggio 2004 Işik intenta un'azione dinanzi alla **Corte d'Appello di Izmir** volta ad ottenere l'iscrizione della dicitura "alevita" sulla sua carta d'identità in luogo di quella di "islam".

- In seguito alla domanda alla Corte, il 9 luglio 2004, il **consulente giuridico della Direzione degli Affari Religiosi** deposita il suo parere. Egli considera, in particolare, che il fatto di indicare le interpretazioni religiose o le sotto-culture nello spazio dedicato alla religione non sia conciliabile con l'unità nazionale, con i principi repubblicani ed il principio di laicità. Sostiene pertanto come il termine « alevita », che designa un sotto-

gruppo dell'islam, non possa considerarsi come una religione indipendente o una branca («mezhep») dell'islamismo. Si tratterebbe di un'interpretazione dell'islamismo influenzata dal sofismo e avente delle caratteristiche culturali specifiche.

-Il 7 settembre 2004, la Corte d'Appello di Izmir rigetta la domanda del ricorrente, condividendo la posizione del consulente giuridico.

-In un giorno non precisato, il ricorrente agisce in **Cassazione**, lamentando il fatto di essere obbligato a rivelare la sua fede sulla carta d'identità.

-Il 21 dicembre 2004 la Corte di cassazione conferma la sentenza di primo grado senza ulteriore motivazione.

-Il 3 giugno 2005, Işik presenta ricorso alla **Corte di Strasburgo** deducendo violazione dell'art. 9 e lamentando, nello specifico, che il rigetto della sua domanda di sostituire l'indicazione "islam" con quella della confessione "alevita" sulla sua carta d'identità era contrario all'art. 9 della Convenzione.

1.1.c. Quadro normativo.

Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Art. 9: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalle legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui."

Diritto interno.

- **Costituzione. Art. 10:** “Tutti gli individui sono uguali di fronte alla legge senza distinzioni di lingua, di razza, di colore, di sesso, di opinioni politiche, di convinzioni filosofiche, di *religione* o di *setta*, o distinzioni fondate su analoghe considerazioni.

[...]

Gli organi e le autorità amministrative dello Stato sono tenute ad agire in conformità al principio di uguaglianza di fronte alla legge in ogni circostanza.”

Art. 24: “Ognuno ha diritto alla libertà di coscienza, di credo e di convinzione religiosa.

[...]

Nessuno può essere obbligato a partecipare a preghiere o a cerimonie o riti religiosi né a divulgare le sue credenze e le sue convinzioni religiose; nessuno può essere ammonito né incolpato a causa delle sue credenze o convinzioni religiose (...)”

Art. 136: “La Direzione degli affari Religiosi, che fa parte dell’amministrazione centrale, adempie le funzioni che le sono conferite in virtù della legge specifica che le regola, conformemente al principio di laicità, tenendo lontane tutte le opinioni e le idee politiche, e fissandosi come scopo la solidarietà e l’unione nazionale.”

- **Legge n. 1587 sullo stato civile. Art. 43:** “I registri dello stato civile riportano le seguenti informazioni su individui e famiglie(...) La religione dell’interessato;(...)”
- **Giurisprudenza costituzionale. Sent. 21 giugno 2005** con la quale la Corte Costituzionale dichiara l’art. 43 della l. 1587 conforme agli articoli 2 (laicità) e 24 (libertà di religione) della Costituzione.
- **Legge n. 5490 relativa ai servizi dello stato civile. Art. 7 l. 5490:** “1. Un registro dello stato civile è stabilito per ogni quartiere o paese. I registri dello stato civile contengono le seguenti informazioni: (...)
e) la religione dell’interessato”
- **Direzione degli Affari Religiosi, istituita con l. 633 del 22 giugno 1965.** Incaricata di trattare gli affari in materia di credenze, culto e morale dell’islam e di gestire i luoghi di culto. Competente a rispondere delle questioni relative alla religione (art. 5 l. 633).

1.1.d. Argomenti delle parti

-Governo turco. In merito alla generica indicazione della religione sul documento di riconoscimento, secondo il Governo turco non vi è stata alcuna ingerenza per l'interessato nell'esercizio del suo diritto alla libertà di religione *“perché l'indicazione della religione sulle carte di identità non può avere alcun rapporto diretto con la libertà di religione e di coscienza. Essa non può essere interpretata come un obbligo volto alla divulgazione delle proprie credenze e convinzioni religiose né come una restrizione alla libertà di manifestare la propria religione mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti”*. Ad avviso del Governo, la ratio dell'indicazione si fonderebbe su *“imperativi legati all'ordine pubblico, all'interesse sociale ed ai bisogni sociali”* e dal momento che *“la Repubblica di Turchia è uno Stato laico dove la libertà di religione è espressamente consacrata dalla costituzione”*, dunque, *“l'atto impugnato [...]non realizzerebbe una restrizione della libertà di religione del ricorrente”*⁵²¹.

Quanto, invece, alla sostituzione del lemma “islam” con il lemma “alevita”, il Governo turco ritiene che *“il contenuto della carta d'identità non potrebbe essere determinato in funzione dei gusti di ogni persona. Tenuto conto della molteplicità di confessioni comprese nell'islam [...], è necessario non menzionare le diverse confessioni o branche di una stessa religione per preservare l'ordine pubblico e la neutralità dello Stato”*. A difesa del ruolo della Direzione Affari Religiosi, sostiene che essa *“funziona nel rispetto del principio di laicità ed è incaricata di prendere in considerazione le basi fondamentali della religione musulmana che sono valide per tutti i musulmani.”*; l'art. 10 della Costituzione turca impone al Governo di *“assicurare parità di trattamento ai diversi culti e alle diverse interpretazioni di una stessa religione”*⁵²².

⁵²¹ § 33-34.

⁵²² § 35.

-Ricorrente. Il ricorrente sostiene che “*il rigetto della sua domanda di sostituire la menzione “islam” con quella della sua confessione “alevita” sulla sua carta d’identità significa un’ingerenza nel suo diritto alla libertà di esercitare la sua religione.*”. Inoltre, prosegue la doglianza, “*egli si lamenta di essere obbligato a svelare il proprio credo in ragione di questa indicazione obbligatoria sulla sua carta d’identità*”⁵²³.

-Ragionamento della Corte. Il problema che fa sorgere la necessità argomentativa (P) è il seguente: “l’obbligo imposto al ricorrente di rivelare il proprio credo in ragione dell’indicazione obbligatoria della religione riportata sulla sua carta d’identità, senza il suo consenso, viola la libertà di coscienza e religione, così come tutelata dall’art. 9 CEDU?”

La premessa normativa da cui la Corte prende le mosse è l’art. 9 CEDU, posto a tutela della libertà di pensiero, coscienza e religione. Dunque, la sub-questione che deve risolvere la Corte è quella relativa a come interpretare tale disposizione⁵²⁴.

Secondo la Corte, tale libertà implica, tra le altre dimensioni, “*la possibilità di aderire o meno ad una religione e quella di praticarla o non praticarla*”. A sostegno della sua posizione, la

⁵²³ § 36.

⁵²⁴ Secondo M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 437: “Lo que [...] se entiende por cuestión de interpretación es la que surge a propósito del texto de una norma: si T (que puede ser una palabra o un enunciado) ha de entenderse en el sentido T1 o T2. Los problemas de interpretación se generan por dudas relativas a los siguientes factores (o una combinación de ellos): el autor del texto ha empleado alguna expresión imprecisa (problemas de ambigüedad y de vaguedad); no es obvio cómo ha de articularse ese texto con otros ya existentes (problemas de lagunas y de contradicciones); no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (la relación entre lo dicho – lo escrito – y lo que se quiso decir); es problemática la relación existente entre el texto y las finalidades y propósitos a que el mismo ha de servir (con relativa independencia de lo que haya querido el autor); es dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento.” Sul punto v. ampiamente R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 3 – 74.

Corte cita le famose pronunce *Kokkinakis c. Grecia*⁵²⁵ e *Buscarini e altri c. Repubblica di San Marino*⁵²⁶, utilizzando come argomento cardine del proprio ragionamento la **dimensione negativa della libertà religiosa**, cioè “*il diritto per l'individuo di non essere obbligato ad agire in modo che si possa concludere che egli ha – o non ha – certe convinzioni*”⁵²⁷. In questa fase del ragionamento, la Corte offre una propria interpretazione dell'art. 9 che accoglie nell'ambito di tutela dello stesso la dimensione negativa della libertà religiosa, ossia una “immunità dall'interferenza esterna”⁵²⁸ sulle scelte di tipo religioso. Sul punto la giurisprudenza della Corte sembra fare puntuale applicazione di principi già enucleati in altre pronunce che si sono soffermate sulla necessità di impedire che atti a contenuto

⁵²⁵ CEDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*. Il 2 marzo 1986 una coppia di coniugi greci, il signor Kokkinakis e sua moglie, entrambi Testimoni di Geova, entrano a casa della signora Kyriakaki, nel comune di Sitia, dove intavolano una discussione con essa su temi di carattere religioso. Denunciati dal marito della signora, ministro di culto di una chiesa ortodossa della città, i coniugi vengono tratti in arresto presso il comando di polizia locale. Il Tribunale condanna i due per proselitismo a quattro mesi di prigione, convertibili in 400 dracme per giorno di detenzione, e 10000 dracme di multa. La Corte d'appello conferma la pena per il signor Kokkinakis, scagionando la moglie. La sentenza è confermata dalla Corte di Cassazione, la quale peraltro rigetta un'eccezione di incostituzionalità dell'articolo che puniva il proselitismo.

Il signor Kokkinakis adisce la Corte EDU per supposta violazione, tra gli altri, dell'art. 9 CEDU.

Il caso Kokkinakis è il primo in cui la Corte EDU applica l'art. 9 CEDU, ritenendolo violato in quanto il comportamento del ricorrente costituisce espressione del diritto a diffondere le proprie convinzioni.

Un dato che, spesso, viene trascurato quando si parla del caso Kokkinakis è quello della persistenza dell'uomo nel portare avanti le proprie convinzioni religiose, in un Paese come la Grecia che, unico in tal senso, proibiva costituzionalmente il proselitismo, peraltro riconoscendo la religione ortodossa come culto dominante, e che indussero la Corte EDU a definire emblematicamente la libertà di pensiero, coscienza e religione come:

“one of the foundations of a "democratic society" within the meaning of the Convention”

nonché:

“in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but [...] also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it.”

⁵²⁶ CEDU, 18 febbraio 1999, *Buscarini e altri c. Italia*. Il 18 giugno 1993 Cristoforo Buscarini, Emilio Della Balda e Dario Manzaroli, cittadini san-marinesi, furono eletti al Parlamento dello Stato di San Marino, prestando giuramento per iscritto senza tuttavia riferirsi ai Vangeli, come prescritto dall'art. 55 della Legge elettorale. Qualche giorno dopo, il Parlamento ordinò ai neoeletti di ripetere il giuramento seguendo le formule prescritte, pena la decadenza dal loro mandato. L'ordine fu eseguito, sebbene i neoparlamentari ritenessero violata la propria libertà di coscienza e religione, così come riconosciuta dall'art. 9 CEDU.

La questione giunse dinanzi alla Corte di Strasburgo che ritenne vi fosse stata, nel caso di specie, violazione della libertà di cui all'art. 9 CEDU. Nell'ottica del Tribunale, infatti, l'esigenza di prestare giuramento sui vangeli equivaleva in concreto a esigere lealtà ad una determinata religione, esigenza incompatibile con le prescrizioni della Convenzione.

⁵²⁷ CEDU, 2 febbraio 2010, *Sinan Işık c. Turchia*, § 41.

⁵²⁸ I. Berlin, *Two Concepts of Liberty* (1958), in ID., *Liberty*, Oxford University Press, 2002, pp. 166 – 217, p. 169. Sul punto cfr. *supra* cap. 3, par. 3.1.1.

religioso siano imposti da parte dello Stato⁵²⁹. Contestando la tesi del Governo turco, la Corte afferma che “*interpretando l’articolo 9 come legittimante qualunque tipo di coercizione che miri a far esternare la propria religione o il proprio credo, si intaccherebbe la sostanza stessa della libertà che intende garantire*”⁵³⁰, e a sostegno di tale argomento, la stessa utilizza l’opinione di uno dei giudici dissenzienti nella pronuncia costituzionale dianzi richiamata (21 giugno 2005) secondo cui “*l’indicazione della religione [...] sulle carte d’identità, [...], costituisce infatti una divulgazione forzata della religione nella vita quotidiana. [...] In effetti quest’obbligo di divulgazione, a causa della menzione della religione in un documento attestante lo stato civile, e della presentazione di questo documento in caso di iscrizione ad una scuola o dell’adempimento delle formalità relative al servizio militare, a mio parere, corrisponde proprio ad una «costrizione»*”.

Come segnalato nel terzo capitolo al par. 3.1.1., quando si affronta il tema della libertà religiosa non può prescindersi dalla distinzione tra libertà negativa e libertà positiva. In quella sede, si è detto come, pur essendo due posizioni normative differenti, in realtà entrambe riposino sull’esercizio dell’autonomia individuale che, declinata in ambito etico-religioso, era lì stata definita come *indipendenza etica*. La differenza mantiene una rilevanza nel momento in cui è opportuno declinare quelle libertà a seconda del contesto in cui vengono esercitate per comprenderne anche le giuste limitazioni. La Corte di Strasburgo, così interpretando l’art. 9, mostra, rispetto al Governo turco, di aderire ad un concetto “complesso” di libertà che oltre alla sua dimensione positiva, tiene in conto anche quella negativa, esaltando appieno il ruolo del valore dell’ “autonomia individuale”.

L’ulteriore slancio che la Corte compie in ottica di garanzia del diritto individuale alla libertà di pensiero, coscienza e religione è quello volto a scongiurare la potenziale forza discriminatrice che ha l’indicazione del credo religioso sul documento di

⁵²⁹ M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, cit., p. 207.

⁵³⁰ CEDU, 2 febbraio 2010, *Sinan Işık c. Turchia*, § 42.

riconoscimento: *“tenuto conto dell’uso frequente della carta d’identità[...], l’indicazione delle convinzioni religiose nei documenti ufficiali, tra i quali le carte d’identità, rischia di causare situazioni discriminatorie nei rapporti con la pubblica amministrazione”*⁵³¹. Questo argomento dimostra come la Corte sia consapevole della coesistenza reciproca che hanno la libertà individuale fondata sul valore dell’autonomia individuale e l’eguaglianza fondata sul valore dell’eguale considerazione e rispetto, violata da *“qualsiasi potere di apprezzamento dello Stato circa la legittimità delle credenze religiose”*⁵³². Se la neutralità e l’imparzialità dello Stato hanno un senso, quel senso non è compatibile con un apprezzamento, inteso quale giudizio di valore (positivo) o di dis-valore circa le convinzioni individuali in materia religiosa; confermando la legittimità di una pratica siffatta, la Corte asseconderebbe un atteggiamento di laicità positiva o laicista, incompatibile con il modello di laicità neutrale da me proposto nel cap. 3. A corroborare questa posizione della Corte vi è anche la presa d’atto che i due valori dell’autonomia individuale e dell’eguale considerazione e rispetto sono privi di significato se non accompagnati dal terzo valore di riferimento della laicità neutrale: la tolleranza. Secondo la Corte, infatti, *“il dovere di neutralità e imparzialità dello Stato[...]impone che i gruppi fra loro opposti, essendo derivati da un medesimo gruppo, si tollerino”*⁵³³.

Così interpretata la disposizione in commento, la soluzione proposta dalla Corte (S) è quella dell’avvenuta violazione dell’art. 9 della Convenzione.

⁵³¹ Ivi, § 43.

⁵³² Ivi, § 45.

⁵³³ Ibidem.

2. Diritto a seguire le prescrizioni alimentari della propria confessione

2.1. Analisi e valutazione del caso CEDU, 27 giugno 2000, *Cha'are Shalom Ve*

Tsedek c. Francia.

2.1.a. Fatto

La religione ebraica e quella musulmana prevedono che la carne, per potere essere lecitamente consumata dai propri fedeli, debba provenire da un animale macellato secondo alcune regole precise: esse sono volte a sottolineare il significato sacro che accompagna l'uccisione di ogni essere vivente e, almeno in passato, servivano ad assicurare il rispetto di alcune essenziali condizioni igieniche e sanitarie.

Cha'are Shalom Ve Tsedek, associazione di religione ebraica, per conformarsi alle prescrizioni religiose in materia alimentare, chiede, senza esito, alle autorità francesi l'autorizzazione necessaria ad abilitare i propri sacrificatori a praticare l'abbattimento rituale di animali. Siffatta autorizzazione era stata accordata nel 1982 dal Governo francese all'ACIP (Associazione Concistoriale Israelita di Parigi). Per l'associazione Cha'are le condizioni dell'abbattimento rituale, quale praticato dai sacrificatori dell'ACIP, non sono integralmente conformi ai requisiti previsti dal Levitico e codificati nel Choulan Haroukh. Infatti, i sacrificatori dell'ACIP non procedono ad un esame approfondito dei polmoni degli animali abbattuti e, dunque, la carne non è perfettamente pura dal punto di vista religioso.

La questione giunge dinanzi alla Corte EDU, la quale non ravvisa alcuna violazione dell'art. 9 CEDU. La Corte ritiene che un ente ecclesiastico può esercitare in nome dei propri fedeli i diritti garantiti dall'art. 9, tra i quali rientra sicuramente quello del compimento di riti conformi alla credenza. Istituito una macellazione rituale, lo Stato

francese ha reso concreto l'impegno positivo ad assicurare il rispetto della libertà religiosa degli ebrei.

La circostanza che i soli enti abilitati dallo Stato francese possano eseguire macellazioni rituali non è idonea, tuttavia, a costituire di per sé un'ingerenza nella libertà religiosa. Un'ingerenza si sarebbe avuta nel caso di proibizione della macellazione tale da non consentire ai credenti di mangiare carne conforme alla credenza religiosa.

2.1.b. Iter processuale

- L' 11 febbraio 1987 l'associazione ricorrente chiede al Ministero dell'Interno l'autorizzazione per praticare la macellazione rituale. La richiesta è rigettata in data 7 maggio 1987, in ragione del fatto che la Cha're Shalom non è sufficientemente rappresentativa della comunità ebraica.

-La Cha're Shalom propone appello presso il Tribunale Amministrativo di Parigi, lamentando l'avvenuta violazione della propria libertà religiosa, garantita dalla prima sezione della legge del 9 dicembre 1905 nonché dall'art. 9 CEDU. Il 28 giugno 1989 il Tribunale rigetta l'appello dell'associazione.

-La società ricorrente propone, allora, appello al Consiglio di Stato, che rigetta la domanda, confermando la liceità della scelta discrezionale operata dal Ministero dell'Interno.

-La Cha're Shalom propone ricorso alla Commissione Europea dei Diritti dell'uomo in data 6 marzo 1999.

2.1.c. Quadro normativo

Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Art. 9: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di

manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalle legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”

Diritto interno.

- **Costituzione. Art. 2:** “La Francia è una Repubblica indivisibile, laica, democratica e sociale. Essa assicura l'eguaglianza dinanzi alla legge a tutti i cittadini senza distinzione di origine, di razza o di religione. Essa rispetta tutte le credenze.” [...]
- **Legge di separazione tra Stato e Chiesa (1905). § 1:** “La Repubblica assicura la libertà di coscienza. Garantisce il libero esercizio dei culti sotto le sole restrizioni relative all'interesse dell'ordine pubblico.”

§ 2: “La Repubblica non riconosce né stipendia né sovvenziona alcun culto. In conseguenza di ciò, a partire dal 1° gennaio successivo alla promulgazione di questa legge saranno soppresse dai bilanci dello Stato, dei dipartimenti e dei comuni tutte le spese relative all'esercizio dei culti.” [...]

§ 18: “Le associazioni formate per provvedere alle spese, alla manutenzione e all'esercizio pubblico di un culto dovranno essere costituite conformemente agli articoli 5 e successivi del titolo 1° della legge del 1° luglio del 1901. Esse saranno inoltre soggette alle prescrizioni della presente legge.”

§ 19: “Queste associazioni dovranno avere per oggetto esclusivo l'esercizio di un culto ed essere composte almeno:

Da sette persone nei comuni con meno di 1000 abitanti;

Da quindici persone nei comuni con un numero di abitanti da 1000 a 20000;

Da venticinque persone maggiorenni, domiciliate o residenti nella circoscrizione religiosa, nei comuni con numero di abitanti superiore a 20000.

[...]

Le associazioni potranno ricevere inoltre quote previste dall'articolo 6 della legge del 1° luglio del 1901, il prodotto delle questue e delle collette per le spese di culto, percepire delle retribuzioni: per le cerimonie e i servizi religiosi anche attraverso fondazione; per l'affitto dei banchi e delle sedie; per la fornitura degli oggetti destinati al servizio dei funerali negli edifici religiosi e alla decorazione di tali edifici.

Esse potranno versare, senza dar luogo a riscossione di diritti, l'eccedenza delle loro entrate ad altre associazioni costituite per il medesimo scopo.

Esse non potranno, sotto qualsiasi forma, ricevere sovvenzioni dallo stato, dai dipartimenti o dai comuni. Non sono considerate come sovvenzioni le somme concesse per riparazioni ai monumenti classificati.

- **Code rural. Art. 276:** “Il est interdit d’exercer des mauvais traitements envers les animaux domestiques ainsi qu’envers les animaux sauvages apprivoisés ou tenus en captivité.”
- **Decreto 80-791 del 1 ottobre 1980. Art. 7:** “Les dispositions des articles 8 et 9 ci-après sont applicables dans les établissements destinés à l’abattage des animaux des espèces bovine, ovine, caprine et porcine, des équidés, des volailles, des lapins domestiques et du gibier.”

Art. 8: “L’immobilisation préalable des animaux est obligatoire avant tout abattage. Elle doit être pratiquée, en cas d’abattage rituel, avant la saignée. Les procédés d’immobilisation doivent être conçus et utilisés de telle manière que soient évités aux animaux toute souffrance, toute excitation ou tout traumatisme. L’usage du garrot est interdit. La suspension des animaux est interdite avant leur étourdissement et, dans le cas d’abattage rituel, avant la saignée. Les dispositions du présent article ne s’appliquent pas à l’abattage des volailles, des lapins domestiques et du petit gibier dans la mesure où il est procédé à l’étourdissement de ces animaux après leur suspension.”

Art. 9: “L’étourdissement des animaux, c’est-à-dire l’utilisation d’un procédé autorisé qui les plonge immédiatement dans l’état d’inconscience, est obligatoire avant la mise à mort, à l’exception des cas suivants :

1° (...);

4° Abattage rituel.”

Art. 10: “« Il est interdit de procéder à un abattage rituel en dehors d’un abattoir.(D. n. 81-606, 18 mai 1981, art. 1er.) Sous réserve des dispositions du quatrième alinéa du présent article, l’abattage rituel ne peut être effectué que par des sacrificateurs habilités par les organismes religieux agréés, sur proposition du ministre de l’intérieur, par le ministre de l’agriculture. Les sacrificateurs doivent être en mesure de justifier de cette habilitation.

Les organismes agréés mentionnés à l’alinéa précédent doivent faire connaître au ministre de l’agriculture le nom des personnes habilitées et de celles auxquelles l’habilitation a été retirée.

Si aucun organisme religieux n’a été agréé, le préfet du département dans lequel est situé l’abattoir utilisé pour l’abattage rituel peut accorder des autorisations individuelles sur demande des intéressés.”

Diritto internazionale.

- **Convenzione Europea sulla protezione degli animali da macello. Art. 1:** “La presente Convenzione si applica all’avviamento, al ricovero, all’immobilizzazione, allo stordimento e all’abbattimento degli animali domestici appartenenti alle seguenti specie: solipedi, ruminanti, suini, conigli e pollame.[...]”

Art. 12: “Gli animali devono essere immobilizzati, se necessario, immediatamente prima di essere abbattuti e, salvo le eccezioni previste dall’articolo 17, storditi secondo procedimenti appropriati.”

Art. 13: “Nel caso di abbattimento rituale, è obbligatorio immobilizzare gli animali della specie bovina prima dell’abbattimento, mediante un procedimento meccanico, allo scopo di evitare all’animale ogni dolore, sofferenza ed eccitazione, come anche ogni ferita o contusione.”

Art. 17: “1. Ciascuna Parte contraente può autorizzare deroghe alle disposizioni relative alla fase preliminare di stordimento nei seguenti casi:

– abbattimento secondo riti religiosi; [...]”

Art. 18: “1. Ciascuna Parte contraente deve accertarsi delle capacità professionali delle persone addette all’immobilizzazione, stordimento e abbattimento degli animali.

2. Ciascuna Parte contraente deve avere cura che gli strumenti, gli apparecchi e le installazioni necessarie ad immobilizzare e stordire gli animali corrispondano ai requisiti posti dalla Convenzione.”

Art. 19: “Ciascuna Parte contraente che autorizzi abbattimenti secondo riti religiosi deve assicurarsi dell’abilitazione dei sacrificatori da parte degli organismi religiosi, a meno che non sia la Parte contraente stessa a rilasciare le autorizzazioni necessarie.”

- **Direttiva 74/577/CE, relativa allo stordimento degli animali prima della macellazione.**

“[...]considerando inoltre che occorre intraprendere un’azione comunitaria intesa a prevenire , in generale , ogni trattamento crudele degli animali ;

[...]

considerando che occorre tuttavia tener conto delle prescrizioni specifiche di taluni riti religiosi;”

Art. 4: “La presente direttiva non pregiudica in alcun modo le disposizioni nazionali concernenti metodi di macellazione particolari richiesti da alcuni riti religiosi”

- **Direttiva 93/119/CE, relativa alla protezione degli animali durante la macellazione o l’abbattimento.**

“[...]considerando che durante la macellazione o l’abbattimento agli animali deve essere evitato qualsiasi dolore o sofferenza evitabili;

[...]

considerando che è tuttavia necessario autorizzare prove tecniche e scientifiche nonché tenere in considerazione le esigenze particolari di certi riti religiosi;[...]

Case law.

- **Arrêt du 2 mai 1973, Association culturelle des Israélites Nord Africains de Paris, rec. p. 312. Consiglio di Stato francese.**

“(…) En précisant que l’abattage rituel, pratiqué dans des conditions dérogatoires au droit commun, ne peut être effectué que par des sacrificateurs habilités par des organismes religieux agréés par le ministre de l’Agriculture sur proposition du ministre de l’Intérieur, le Premier ministre ne s’est pas immiscé dans le fonctionnement des organismes religieux et n’a pas porté atteinte à la liberté des cultes mais a pris les mesures nécessaires à l’exercice de cette liberté dans le respect de l’ordre public (...).”

2.1.d. Argomenti delle parti

-Associazione ricorrente. L’associazione ricorrente sostiene che il rifiuto opposto alla Cha’re Shalom dall’autorità francese con riguardo all’autorizzazione alla macellazione

rituale, appannaggio esclusivo dell' ACIP (Associazione Concistoriale Israelita di Parigi) ha comportato una violazione in termini discriminatori della propria libertà di religione, in quella sua particolare declinazione che è la *manifestazione attraverso l'osservanza dei riti*.

A sostegno della propria posizione, l'associazione utilizza quattro argomenti.

- 1) Le condizioni di macellazione praticate dall'ACIP non rispettano i requisiti richiesti dalla religione ebraica, così come stabiliti dal libro del Levitico e codificati dal testo ritualistico del Schulchan Aruch. Quest'ultimo prevede che la carne macellata sia *glatt*, ovvero che gli organi interni dell'animale siano esenti da imperfezioni.
- 2) Il rifiuto opposto dall'autorità francese non è giustificato da nessuno dei fini legittimi previsti dall'art. 9.2. CEDU ("sicurezza pubblica", "ordine pubblico", "salute", "morale pubblica") → vi è violazione dell'art. 9 → è applicabile l'art. 14⁵³⁴, dal momento che la misura adottata dal governo francese è sproporzionata e discriminatoria⁵³⁵;
- 3) L'associazione Cha're Shalom è un'associazione religiosa al pari dell'ACIP, dal momento che entrambe rientrano nei parametri stabiliti dalla legge 1905. Il mancato riconoscimento della Cha're Shalom come associazione religiosa non può derivare *sic et simpliciter* dal minor bacino d'utenza della stessa rispetto a quello dell'ACIP.
- 4) Il fatto che la Cha're Shalom voglia applicare un'imposta di circa 4 franchi per ogni chilogrammo di carne macellata secondo gli standard *glatt* non comporta problemi

⁵³⁴ Si ricordi che l'art. 14 svolge un ruolo ancillare rispetto agli altri diritti convenzionali e non è passibile di autonoma applicazione. Sul punto v. *supra* cap. 4, par. 4.1.

⁵³⁵ Questo è un chiaro esempio di quella che M. Atienza, , *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 426, definisce "ragione complessa": "[...]se pueden representar diversos tipos de argumentos complejos; o sea: puede que se trate de varias razones independientes entre sí, o que estén ligadas entre sí de diversas formas (conjuntiva o disyuntivamente); puede que una razón ataque o apoye directamente una tesis, o que el ataque o apoyo esté referido a la inferencia, al paso de un enunciado a otro. Y a todos estos tipos de relaciones de inferencia puede atribuírseles un peso variable: puede tratarse de una inferencia deductiva o no deductiva y, en este último caso, su peso podría ser mayor o menor."

di natura religiosa, una volta che l'autorizzazione sia stata concessa. D'altronde la stessa ACIP si finanzia applicando un'imposta molto più alta su ogni chilogrammo di carne macellata.

-Governo francese. In merito alla presunta ingerenza nel diritto di libertà religiosa dell'associazione Cha're Shalom, il Governo sostiene che la stessa non sia ravvisabile nel caso di specie in quanto gli associati della Cha're Shalom hanno la possibilità di usufruire di carne *glatt* nelle macellerie autorizzate dall'ACIP. Il diritto alla *manifestazione attraverso l'osservanza di riti e pratiche*, tra le quali rientra indubitatamente la macellazione rituale, inoltre, non include necessariamente il diritto dei credenti a partecipare alla macellazione.

Rispetto all'argomento 1) dell'associazione ricorrente, il Governo francese sostiene di non poter entrare in dispute dogmatiche relative alla rituale macellazione in virtù del principio di laicità e afferma come *“non può essere contestato che il rabbino capo di Francia, la cui opinione sulla questione si basa sui giudizi del Beth Din (la corte rabbinica), era qualificata per stabilire cosa fosse o non fosse compatibile con l'osservanza ebraica.”*⁵³⁶ A sostegno della propria tesi, dunque, il Governo utilizza come **ragione sistematica**⁵³⁷ il principio di laicità francese ed attenendosi al giudizio del rabbino sulla questione relativa alla macellazione rituale introduce nel proprio ragionamento un **argomento d'autorità**⁵³⁸. In più, all'interno della

⁵³⁶ CEDU, 27 giugno 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia*.

⁵³⁷ Come si legge in M. Atienza, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 224 “il sistema fornisce, direttamente, una parte delle premesse che appaiono nei ragionamenti giuridici (nella pratica argomentativa) e contribuisce anche, indirettamente, alla determinazione del resto delle premesse.” Tra le varie premesse è di fondamentale importanza la distinzione tra regole e principi, rispetto alla quale si rimanda a cap. 4, par. 6.1.1.

⁵³⁸ Come spiega bene C. Plantin, *La argumentación*, Editorial Ariel, Barcellona, 1998, p. 145: “El argumento de autoridad es un argumento de confirmación. Sostiene una conclusión P, en el seno de una argumentación cuya forma canónica es la siguiente: *Proponente: P, puesto que X dice que P y X es una autoridad en la materia.* Existe argumentación de autoridad cuando el Proponente da como argumento a favor de una afirmación el hecho de que ha sido enunciada por un locutor particularmente autorizado, en quien se apoya o se refugia. La razón de creer (de hacer) P ya no se busca, pues, en la justeza de P, en su adecuación al mundo tal como es o debiera ser, sino en el hecho de que lo admite una persona que funciona como garante de su justeza.”

questa argomentazione, il Governo francese pare utilizzare altresì una **premessa implicita**: la Cha're Shalom avrebbe potuto vantare un diritto a partecipare alla produzione di carne *glatt* solo laddove la stessa non fosse stata in altro modo procurabile per i suoi associati⁵³⁹.

Anche ammettendo che vi sia stata un'interferenza con il diritto di libera manifestazione del credo religioso, la stessa sarebbe, nell'ottica governativa, “stabilita dalla legge” (segnatamente, il decreto del 1980 sulle pratiche di macellazione). Il provvedimento perseguiva un fine legittimo, quello di proteggere l' “ordine pubblico” e la “salute pubblica”.

Quanto al rifiuto opposto alla Cha're Shalom, lo stesso rientrerebbe nel *margin* di apprezzamento che la Convenzione attribuisce agli Stati contraenti. Ciò in virtù del fatto che: a) il Ministro dell'Interno ha qualificato l'attività della Cha're Shalom come “*essenzialmente commerciale*”; b) la Cha're Shalom ha un bacino d'utenza troppo limitato rispetto a quello dell'ACIP.

Infine, secondo il Governo francese, non sarebbe applicabile l'art. 14 CEDU perché la posizione dell'ACIP e della Cha're Shalom, in virtù delle rispettive attività e dei livelli di supporto, non sarebbero comparabili; se anche vi fosse stata una differenza di trattamento, il motivo della stessa risiederebbe nella relazione di proporzionalità tra il fine perseguito e i mezzi impiegati.

-Ragionamento della Corte. Il problema che fa sorgere la necessità argomentativa (P) è il seguente: “la mancata autorizzazione alla macellazione rituale da parte delle autorità francesi ad un'associazione religiosa che pretendeva avvalersene per adeguare la carne alle

⁵³⁹ Secondo M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit, p. 423 “analizar un texto argumentativo supone tomar determinadas decisiones (por ejemplo, entender que hay una determinada premisa implícita)[...]”

prescrizioni della più stretta ortodossia ebraica, contestando la purezza delle carni macellate da un'altra associazione che detiene il monopolio sulla macellazione rituale in Francia, viola il diritto dell'associazione alla libera manifestazione della religione attraverso l'osservanza dei riti ebraici?"

La premessa normativa da cui la Corte prende le mosse è l'art. 9 CEDU, posto a tutela della libertà di pensiero, coscienza e religione.

L'art. 9 elenca una serie di possibili forme di manifestazione del proprio credo religioso: "culto", "insegnamento", "pratiche" e "osservanze di riti". Secondo la Corte *"non vi è dubbio che la macellazione rituale [...] costituisce un rito [...], il cui proposito è quello di fornire ai cittadini di religione ebraica carne proveniente da animali macellati in accordo con le prescrizioni religiose, aspetto essenziale della religione ebraica"*⁵⁴⁰. Dunque, ad avviso della Corte, l'associazione ricorrente può fare affidamento sull'art. 9 con riferimento alla mancata autorizzazione da parte delle autorità francesi.

La prima sub-questione da risolvere è, dunque, la seguente: "vi è stata interferenza con il diritto alla libera manifestazione della religione della Cha're Shalom?"

Secondo la Corte, il fatto che il Diritto francese abbia creato un'apposita legge che regola la macellazione rituale, introducendo nell'ordinamento un' **eccezione** di carattere religioso manifesta di per sé la volontà da parte del legislatore francese di favorire l'esercizio della libertà religiosa. La Corte valorizza in questo modo l'argomento del cd. "accomodamento ragionevole", in virtù del quale vengono introdotte eccezioni a regole

⁵⁴⁰ CEDU, 27 giugno 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia*, § 73.

generali per favorire le pratiche religiose⁵⁴¹. Il sostrato valoriale di questo argomento è l'*eguale considerazione e rispetto* di tutti gli individui nelle loro scelte etiche perché tale valore, come afferma Dworkin,

“richiede che un legislativo stia attento al fatto che un qualche gruppo consideri l'attività che si propone di proibire o di penalizzare come un diritto sacro. Se un qualche gruppo lo fa, allora il legislatore deve chiedersi se l'eguale considerazione per tale gruppo richieda un'esenzione o una qualche altra agevolazione. *Se si può gestire un'eccezione senza alcun danno significativo per la politica in questione, allora potrebbe essere irragionevole non concedere tale eccezione.*”⁵⁴²

Il fatto che il governo eserciti un potere discrezionale nel concedere o meno l'autorizzazione alla macellazione rituale non comporta di per sé un'interferenza nella libertà religiosa. Secondo la Corte, infatti, l'interesse generale richiede un controllo da parte delle autorità pubbliche sulle macellazioni, affinché esse siano effettuate in condizioni igienico-sanitarie adeguate.

Il vaglio della Corte si estende alla questione se le tecniche adoperate dall'ACIP siano idonee a soddisfare le esigenze degli associati alla Cha're Shalom. Secondo la Corte *“il metodo di macellazione impiegato dai macellai dell'associazione ricorrente sono esattamente gli stessi di quelli impiegati dai macellai dell'ACIP, l'unica differenza consiste nell'accuratezza nel controllo dei polmoni dopo la morte degli animali macellati.*”⁵⁴³ Inoltre, solamente nel caso in cui non fosse assolutamente possibile procurarsi carne *glatt*, potrebbe ipotizzarsi una violazione della

⁵⁴¹ Sul punto è molto chiaro il saggio di J. Maclure, *L'accomodamento ragionevole e la concezione soggettiva della libertà di coscienza*, in «Iride», fasc. 2, agosto 2012, pp. 349 – 367. V. *contra* B. Barry, *Culture and Equality. An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Cambridge, Polity Press, 2001.

⁵⁴² R. Dworkin, *Religione senza Dio*, il Mulino, Bologna, 2014, p. 110.

⁵⁴³ CEDU, 27 giugno 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia*, § 79.

libertà religiosa dell'associazione ricorrente, i cui associati, invece, possono procurarsi altrove l'alimento.

Dal momento che non vi è stata, ad avviso della Corte, interferenza con l'art. 9.1., la Corte non ritiene di doversi pronunciare sul par. 9.2. relativo alle legittime limitazione del diritto alla libertà religiosa. Anche supponendo che tale limitazione si sia verificata, la Corte la ritiene legittima in quanto stabilita dalla legge, che persegue il fine legittimo della protezione dell'ordine pubblico e della salute pubblica. Inoltre, la regolamentazione da parte dello Stato dell'esercizio del culto *“ha come conseguenza l'armonia religiosa e la tolleranza”*⁵⁴⁴. Quanto al margine di apprezzamento di cui lo Stato francese si avvale nelle sue relazioni con le Chiese, esso non è, ad avviso della Corte, eccessivo o sproporzionato.

Non ravvisando un'avvenuta violazione dell'art. 9 (S) e non essendo l'art. 14 autonomamente applicabile, la Corte non si pronuncia su tale ultima disposizione.

-Opinione dissenziente. La decisione adottata nel caso Cha're Shalom ha generato in seno alla Corte di Strasburgo forti contrasti.

Secondo i giudici di minoranza *“il mero fatto che l'autorizzazione sia già stata concessa ad un'associazione religiosa non esonera lo Stato dall'obbligo di dare accurata considerazione ad ogni successiva richiesta effettuata da altre associazioni che professano il medesimo credo religioso”*. La causa del conflitto è la seguente: l'ACIP ritiene che la macellazione rituale avvenga secondo le regole dell'ortodossia ebraica e la Cha're Shalom, invece, contesta tale argomento sostenendo che la carne frutto della macellazione dell'ACIP non è *glatt*. Secondo i giudici di maggioranza, come visto, *“l'unica differenza consiste nell'accuratezza nel controllo dei polmoni dopo la morte degli animali macellati”*, dato che in realtà è di fondamentale importanza per il

⁵⁴⁴ Ivi, § 84.

giudizio in commento. Dunque, mentre i giudici di maggioranza sminuiscono la disputa dogmatica che genera poi il giudizio, le autorità francesi, come sottolineato dai giudici di minoranza, rimuovono la stessa causa del conflitto “*eliminando il pluralismo*”, piuttosto che “*adotta[ndo] tutte le misure necessarie ad assicurare che i gruppi rivali si tollerino reciprocamente*”⁵⁴⁵.

Quanto al valore della *tolleranza*, dunque, il governo si dichiara impossibilitato ad entrare nella disputa dogmatica, e dunque impedito ad offrire ragioni sulla questione, ma anziché introdurre un’eccezione al monopolio dell’ACIP, atto che sarebbe stato genuinamente tollerante, si pronuncia sulla questione ricorrendo addirittura ad un argomento d’autorità: la decisione del rabbino sul punto.

Quanto, invece, al valore dell’ *eguale considerazione e rispetto*, ad avviso dei giudici dissenzienti, l’adesione ad una determinata religione non può determinare una situazione di svantaggio per l’aderente, che, nel caso di specie, si verifica sia affermando che l’ACIP effettua correttamente le macellazioni rituali di carne *glatt* (tesi, peraltro, smentita dalla stessa maggioranza quando afferma che “*l’unica differenza [tra i metodi di macellazione di ACIP e Cha’re Shalom, ndr] consiste nell’accuratezza nel controllo dei polmoni dopo la morte degli animali macellati*”), sia sostenendo che gli associati della Cha’re Shalom potranno avvalersi di altre carni *glatt* provenienti dal Belgio con un onere finanziario a loro carico (premessa implicita del ragionamento governativo per negare all’associazione ricorrente il diritto alla partecipazione alla macellazione rituale).

⁵⁴⁵ CEDU, 27 giugno 2000, *Cha’re Shalom Ve Tzedek c. Francia*, opinione dissenziente, § 1. Sul punto riecheggiano le parole di C. Perelman, *La filosofia del pluralismo*, in ID., *Teoria e pratica dell’argomentazione. Antologia degli scritti*, Rubettino, 2005, pp. 267 – 277, p. 272 secondo il quale “lo Stato pluralista[...] è fondato sul rispetto degli individui e dei gruppi molteplici che ora collaborano e ora si oppongono gli uni agli altri. Riconosce che l’esercizio dei diritti e delle libertà può avere degli inconvenienti e provare dei disordini: il ruolo dello Stato non è quello di sopprimere queste libertà, ma di moderarne gli eccessi troppo dannosi. Questo pluralismo rinuncia ad un ordine perfetto, elaborato in funzione di un solo criterio, perché ammette l’esistenza di un pluralismo dei valori incompatibili. Di qui la necessità di compromessi ragionevoli, che risultino da un dialogo permanente, da un confronto di punti di vista opposti”.

Sulla base di queste considerazioni, la minoranza ritiene vi siano i presupposti per rilevare profili discriminatori nel comportamento tenuto dalle autorità francesi, tesi che mi pare condivisibile. La tesi sostenuta dai giudici di maggioranza non rispetta, a mio modo di vedere, il modello di laicità proposto nel terzo capitolo, fornendo una ricostruzione quantomeno discutibile dei valori dell' eguale considerazione e rispetto e della tolleranza. Dal punto di vista dell'eguale considerazione e rispetto la decisione va nella direzione della laicità positiva; dal punto di vista della tolleranza, invece, essa comporta risultati laicisti.

3. Diritto dei genitori a scegliere per i figli un'educazione conforme alle proprie convinzioni religiose

3.1. Analisi e valutazione del caso CEDU, 18 maggio 2011, Lautsi c. Italia.

3.1.a. Fatto

La signora Lautsi chiede alle autorità scolastiche la rimozione del crocifisso dalle aule frequentate dai suoi due figli e il Consiglio d'Istituto decide di mantenerli negli ambienti scolastici. La donna decide di proporre ricorso al TAR.

3.1.b. Iter processuale

-Il Tribunale Amministrativo Regionale, ricevuto il ricorso da parte della signora Lautsi, alla luce del principio di laicità dello Stato e degli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, solleva questione di legittimità costituzionale di alcuni articoli del T.U. sulla scuola, *“nella parte in cui includono il crocifisso tra gli arredi delle aule scolastiche”*.

-La Corte Costituzionale dichiara, con ordinanza n. 389 del 2004, l'inammissibilità della questione in ragione della natura delle fonti impugnate, che non hanno forza di legge. Nel marzo del 2005, dunque, il TAR rigetta il ricorso, rilevando come:

“[...]il crocifisso costituisca anche un simbolo storico-culturale, e di conseguenza dotato di una valenza identitaria riferita al nostro popolo; pur senza voler scomodare la nota e autorevole asserzione secondo cui “non possiamo non dirci cristiani”, esso indubbiamente rappresenta in qualche modo il percorso storico e culturale caratteristico del nostro Paese e in genere dell'Europa intera e ne costituisce un'efficace sintesi.”⁵⁴⁶

⁵⁴⁶ TAR Veneto, 17 marzo 2005 n. 1110, par. 8.1.

-Nel febbraio del 2006 il Consiglio di Stato conferma la sentenza di primo grado, ravvisando nel crocifisso un valore laico della Costituzione italiana, rappresentativo dei valori civili⁵⁴⁷.

-La questione giunge dinanzi alla Corte EDU. La signora Lautsi adduce che l'affissione del crocifisso nelle aule della scuola pubblica frequentata dai suoi due figli viola l'art. 2 del Protocollo n. 1 (Diritto all'istruzione) e 9 della Convenzione⁵⁴⁸.

-La Corte, in composizione semplice, ricordando che il rispetto delle convinzioni religiose e filosofiche dei genitori deve concretarsi nella cornice di un'educazione che garantisca un ambiente scolastico aperto all'inclusione, ritiene la presenza del crocifisso all'interno dell'aula come simbolo che finisce per esercitare una pressione sulla libertà degli studenti. Di qui la constatazione della violazione dell'art. 2 P1 in combinato disposto con l'art. 9 CEDU.

-Il Governo italiano propone ricorso avverso la sentenza della camera in composizione semplice, chiedendo che la questione venga analizzata dalla *Grand Chambre*.

3.1.c. Quadro normativo.

Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Art. 9: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalle legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui."

⁵⁴⁷ Cons. Stato, sez. VI, 13/2/2006 n. 556.

⁵⁴⁸ CEDU, 3 novembre 2009, *Lautsi c. Italia*.

Art. 2 del Protocollo addizionale 1: “Il diritto all’istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell’esercizio delle funzioni che assume nel campo dell’educazione e dell’insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di assicurare tale educazione e tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche.”

Diritto interno.

- **Costituzione italiana. Art. 2**: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.”

Art. 3: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale [XIV] e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso [292, 371, 481, 511, 1177], di razza, di lingua [6], di religione [8, 19], di opinioni politiche [22], di condizioni personali e sociali.”

Art. 7: “Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani. I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale [138].”

Art. 8: “Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge [19, 20]. Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l’ordinamento giuridico italiano. I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze.”

Art. 19: “Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume [8, 20].”

Art. 20: “Il carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto d’una associazione od istituzione non possono essere causa di speciali limitazioni legislative, né di speciali gravami fiscali per la sua costituzione, capacità giuridica e ogni forma di attività [8, 19].”

- **D.lgs. 16 aprile 1994, n. 297. Art. 159**: “1. Spetta ai comuni provvedere al riscaldamento, alla illuminazione, ai servizi, alla custodia delle scuole e alle spese necessarie per l’acquisto, la manutenzione, il rinnovamento del materiale didattico, degli arredi scolastici, ivi compresi gli armadi o scaffali per le biblioteche scolastiche, degli attrezzi ginnici e per le forniture dei registri e degli stampati occorrenti per tutte le scuole elementari, salvo che per le scuole annesse ai convitti nazionali ed agli educandati femminili dello Stato, per le quali si provvede ai sensi dell’articolo 139.
2. Sono inoltre a carico dei comuni le spese per l’arredamento, l’illuminazione, il riscaldamento, la custodia e la pulizia delle direzioni didattiche nonché la fornitura alle stesse degli stampati e degli oggetti di cancelleria.”

Art. 190: “1. I comuni sono tenuti a fornire, oltre ai locali idonei, l'arredamento, l'acqua, il telefono, l'illuminazione, il riscaldamento, la manutenzione ordinaria e straordinaria, e a provvedere all'eventuale adattamento e ampliamento dei locali stessi.

2. Analoghi oneri sono posti a carico dei comuni nei quali abbiano sede le classi e i corsi distaccati di cui al comma 4 dell'articolo 56.

3. Lo Stato contribuisce ai sensi e con i criteri di cui agli articoli 7 e 8 della legge 16 settembre 1960 n. 1014 e successive modificazioni, alle spese per l'istruzione statale di pertinenza dei comuni e delle province.”

Regio decreto 26 aprile 1928, n. 1297. Art. 19: “I posti d'ispettore centrale per l'istruzione elementare, che il Ministro non conferisca a sua scelta a termini dell'art. 10, comma III del testo unico, sono attribuiti in seguito a concorso per titoli ed esami. Al concorso sono ammessi:

- a) i funzionari ispettivi, che abbiano almeno sette anni di servizio governativo;
- b) i presidi e gli insegnanti di ruolo A degli istituti di istruzione media, regi o pareggiati, che abbiano almeno sette anni di servizio di ruolo;
- c) i direttori centrali dei Comuni che conservano l'amministrazione delle scuole elementari, i quali abbiano almeno sette anni di servizio come direttori centrali.

I candidati non devono avere superato l'età di cinquanta anni alla data del decreto con cui è indetto il concorso.”

Regio decreto 30 aprile 1924, n. 965. Art. 118: “Ogni istituto ha la bandiera nazionale; ogni aula, l'immagine del Crocifisso e il ritratto del Re.”

3.1.d. Argomenti delle parti.

-Ragionamento della terza camera. Sentenza del 3 novembre 2009. Secondo la Camera in composizione semplice, il principio da tenere in considerazione nel caso di specie, e che si evince dall'art. 2 del Protocollo addizionale 1, è quello comporta per lo Stato “*un obbligo di astenersi dall'imporre, sia pure indirettamente, credenze nei luoghi in cui le persone sono dipendenti da lui o in posti in cui sono particolarmente vulnerabili*”⁵⁴⁹. Tra questi luoghi, ad avviso della Corte, rientra sicuramente la scuola pubblica.

⁵⁴⁹ Argomento riportato in CEDU, 18 maggio 2011, Lautsi c. Italia, § 31.

Quanto al crocifisso, ad avviso della terza sezione, in esso è “*predominante il significato religioso*”, con la conseguenza che “*la presenza obbligatoria e ostentata del crocifisso nelle aule scolastiche era tale non soltanto da offendere le convinzioni laiche della ricorrente i cui figli frequentavano allora una scuola pubblica, ma anche da turbare emotivamente gli alunni che professavano una religione diversa da quella cristiana o non professavano alcuna religione*”.⁵⁵⁰.

Inoltre, lo Stato, tenuto alla neutralità confessionale, dovrebbe abituare gli alunni ad un pensiero critico e non si vede come possa farlo obbligando gli istituti scolastici ad esporre un simbolo ragionevolmente associabile alla religione maggioritaria in Italia.

La conclusione della sezione semplice è formulata nei seguenti termini: “*l’esposizione obbligatoria di un simbolo di una particolare confessione nell’esercizio della funzione pubblica relativamente a situazioni specifiche sottoposte al controllo governativo, in particolare nelle aule scolastiche, limita il diritto dei genitori di educare i propri figli secondo le loro convinzioni e il diritto degli alunni di credere o di non credere*”. Essa ritiene che questa misura comporti violazione di questi diritti poiché “*le restrizioni sono incompatibili con il dovere che grava sullo Stato di rispettare la neutralità nell’esercizio della funzione pubblica, in particolare nel campo dell’istruzione*”⁵⁵¹.

-Ricorrente. La signora Lautsi sostiene che l’affissione dei crocifissi nelle aule della scuola pubblica frequentata dai figli costituisca una violazione del diritto all’istruzione, così come tutelato dall’art. 2 del Protocollo addizionale 1. Dallo stesso fatto, la ricorrente deduce violazione dell’art. 9 CEDU.

Il primo argomento della ricorrente è il seguente: “*l’esposizione del crocifisso nelle aule della scuola pubblica frequentata dal secondo e dal terzo ricorrente costituisce un’ingerenza illegittima nel*

⁵⁵⁰ Ivi, § 32.

⁵⁵¹ CEDU, 3 novembre 2009, *Lautsi c. Italia*, § 57. Sulla sentenza della terza sezione v. la puntuale analisi degli argomenti offerta da P. Chiassoni, *Diritti umani, avvocatura, filosofia. A Strategic Golden Brain*, in ID., *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili. Scritti di realismo militante*, Aracne Editrice, Roma, 2011, pp. 13 - 42.

loro diritto alla libertà di pensiero e di coscienza e viola il principio del pluralismo educativo dal momento che è l'espressione di una preferenza dello Stato per una particolare religione in un luogo in cui si formano le coscienze. Così facendo, lo Stato disattenderebbe inoltre il suo obbligo di proteggere in special modo i minori da ogni forma di propaganda o di indottrinamento.”. L'esposizione del simbolo, inoltre, “disconosce il diritto del secondo e del terzo ricorrente a ricevere una educazione aperta e pluralista volta allo sviluppo di una capacità di giudizio critico”⁵⁵².

Il secondo argomento della ricorrente è relativo alla natura del simbolo che è, innegabilmente, religiosa. A sostegno della propria tesi, la ricorrente ricorre al dettato della famosa sentenza della Corte costituzionale tedesca del 1995 sulla questione, laddove la stessa affermava che “dare al crocifisso un significato profano, significherebbe allontanarsi dal suo significato originale e contribuire a perdere il senso del sacro. Vedervi soltanto un semplice “simbolo passivo”, sarebbe negare il fatto che, come tutti i simboli – e più di tutti gli altri –, esso concretizza una realtà cognitiva, intuitiva ed emotiva che oltrepassa ciò che è immediatamente percepibile.”.

Il terzo argomento della ricorrente si fonda sulla constatazione che “ogni Stato democratico ha il dovere di garantire la libertà di coscienza, il pluralismo, una parità di trattamento delle credenze e la laicità delle istituzioni”⁵⁵³. Così facendo, la ricorrente offre una precisa interpretazione del concetto di laicità che “implica prima di tutto la neutralità dello Stato”, la quale si esprime anche nella creazione di uno spazio neutro, nell'ambito del quale ciascuno può coltivare autonomamente le proprie convinzioni⁵⁵⁴.

Il quarto argomento si sostanzia nella protezione delle minoranze: “è indispensabile proteggere in modo speciale le credenze e le convinzioni minoritarie al fine di preservare i loro seguaci da un

⁵⁵² CEDU, 18 maggio 2011, Lautsi c. Italia, § 41.

⁵⁵³ Ivi, § 43.

⁵⁵⁴ Ibidem. Sui complicati rapporti tra i concetti di laicità e neutralità v. C. Del Bò, *La neutralità necessaria. Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, Edizioni ETS, 2014, pp. 135 – 153.

«*dispotismo della maggioranza*». L'argomento condurrebbe, nell'ottica della ricorrente, alla rimozione dei crocifissi dalle aule scolastiche.

L'argomento di chiusura della ricorrente è il seguente: “*l'esposizione [dei crocifissi] è incompatibile con i fondamenti del pensiero politico occidentale, con i principi dello Stato liberale e di una democrazia pluralista e aperta e con il rispetto dei diritti e delle libertà individuali sanciti dalla Costituzione italiana e dalla Convenzione.*”⁵⁵⁵

-Governo italiano.

Il primo argomento che utilizza il Governo italiano nel proprio ragionamento è quello secondo cui la sezione semplice avrebbe colpevolmente trascurato il Diritto comparato degli Stati aderenti. Tale esame avrebbe, infatti, dimostrato che non vi è un **consenso** tale da superare la discrezionalità conferita agli Stati attraverso il margine di apprezzamento sulla questione dell'esposizione dei simboli religiosi. In effetti, il Governo italiano sfrutta a proprio favore un argomento molto utilizzato dalla Corte di Strasburgo per giustificare la propria deferenza al legislatore nazionale che presenta, tuttavia, un grande profilo problematico. Come sottolinea efficacemente Susanna Mancini, infatti, “il «fattore consenso» determina una notevole dose di incertezza, e pone il rischio di vanificare qualsiasi pretesa di universalità nell'applicazione degli *standards* europei”⁵⁵⁶.

Il secondo argomento governativo si fonda sulla differenza tra neutralità, da intendersi quale concetto “inclusivo”, e laicità, da intendersi come concetto “esclusivo”. Ad avviso del Governo, la sentenza della Camera non solo non terrebbe conto di questa

⁵⁵⁵ CEDU, 18 maggio 2011, Lautsi c. Italia, § 46.

⁵⁵⁶ S. Mancini, *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle Corti*, in «Giurisprudenza costituzionale», 5/2009, pp. 4055 – 4083, p. 4057. Sul punto cfr. *supra* cap. 4, par. 6.2.3. Il testo più completo sul punto mi pare quello di K. Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, 2015.

differenza ma asseconderebbe, in realtà, un approccio “laicista”. Il laicismo, in realtà, propugna, come spiegato nel terzo capitolo, la superiorità di una concezione fondata su di un’etica non religiosa. Non può farsi a meno di notare la strumentalità dell’argomento “laicista” da parte del Governo italiano: nell’ottica governativa, poiché la ricorrente appartiene all’UAAR (Unione degli Atei e Agnostici Razionalisti), assecondarla nelle sue richieste significherebbe diffondere a livello nazionale un atteggiamento areligioso o antireligioso. In questo passaggio il Governo utilizza un “*argumentatio ad hominem*”, fondata cioè su di una particolare caratteristica dell’interlocutore⁵⁵⁷, se si considera che non si evince da nessuna delle argomentazioni della ricorrente la volontà di far prevalere in ambito pubblico una concezione del bene atea od agnostica.

Il terzo argomento governativo è molto complesso e centrale nell’argomentazione. Innanzitutto, il Governo afferma che uno stesso simbolo può essere interpretato diversamente da una persona all’altra, dunque non solo come simbolo religioso ma anche come simbolo identitario o culturale che racchiude in sé “*i principi e i valori che fondano la democrazia e la civiltà occidentale*”⁵⁵⁸. Inoltre, la croce costituisce un “*simbolo passivo*”, non idoneo di per sé ad indottrinare gli studenti⁵⁵⁹. Ma dove il Governo si spinge maggiormente è nel sostenere che la croce è “*espressione di una «particolarità nazionale» caratterizzata soprattutto dagli stretti rapporti tra lo Stato, il popolo ed il cattolicesimo, attribuibili all’evoluzione storica, culturale e territoriale dell’Italia così come ad un profondo ed antico radicamento dei*

⁵⁵⁷ Come spiega C. Plantin, *La argumentación*, cit., p. 139 “se produce argumentación sobre la persona (llamada argumentación *ad hominem*) siempre que está en juego la verdad de una aserción o la legitimidad de la conducta y que, para refutarlas, se hace referencia a características negativas particulares de la persona que las mantiene. De ese modo, la discusión sobre el problema se traslada a la discusión sobre el argumentador.”

⁵⁵⁸ CEDU, 18 maggio 2011, Lautsi c. Italia, § 36.

⁵⁵⁹ Sul punto mi sembrano interessanti le considerazioni, in chiave psicologica, dell’ecclesiasticista N. Colaianni, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 90 – 91 nonché quelle di J. Luther, *Il crocifisso come simbolo religioso, culturale e politico alla luce delle costituzioni*, in G. E. Rusconi (a cura di), *Lo Stato secolarizzato nell’età post-secolare*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 275 – 311.

*valori del cattolicesimo*⁵⁶⁰. L'argomento è criticabile sotto vari profili. Non si comprende, in primo luogo, come il Governo possa sostenere contemporaneamente che la croce possa interpretarsi come simbolo identitario e culturale, e non obbligatoriamente religioso, connettendo poi successivamente quelle stesse identità e cultura ai valori religiosi del cattolicesimo. In secondo luogo, è difficile comprendere come un simbolo portatore di principi e valori, e dunque di un significato "pratico" ben preciso, possa definirsi come "passivo". In terzo luogo, è il Governo, e non la signora Lautsi, a conferire priorità in ambito pubblico ad una determinata concezione del bene, quella cattolica, utilizzando l'argomento della scarsa secolarizzazione della società italiana. Su quest'ultimo punto si ricordi che nel terzo capitolo si è descritta la laicità positiva come quella visione patologica della laicità che converte il significato della secolarizzazione da descrittivo in normativo e questo pare essere l'atteggiamento del Governo sulla questione del crocifisso: il dato storico-sociologico della prevalenza del cattolicesimo in Italia è utilizzato in un'argomentazione di tipo normativo che non dovrebbe tenerne conto.

Il quarto argomento del Governo riguarda la corretta interpretazione dell'art. 2 del Protocollo addizionale 1. Secondo il Governo la Camera *"conclude per una violazione senza indicare in cosa la sola presenza di un crocifisso nelle aule scolastiche frequentate dai figli della ricorrente fosse tale da ridurre sostanzialmente la possibilità di educarli secondo le sue convinzioni, indicando come unico motivo che gli allievi si sarebbero sentiti educati in un ambiente scolastico contrassegnato da una particolare religione"*⁵⁶¹. Il Governo poi sposta l'attenzione dal problema crocifisso a quello dell'insegnamento quando sostiene che, in realtà, gli alunni degli istituti italiani *"beneficiano [...] di un insegnamento che permette lo sviluppo di un senso critico nei confronti della questione religiosa,*

⁵⁶⁰ CEDU, 18 maggio 2011, Lautsi c. Italia, § 36.

⁵⁶¹ Ivi, § 38.

in un'atmosfera serena e preservata da ogni forma di proselitismo"⁵⁶²; non può sul punto rilevarsi una **fallacia** dovuta alla mancanza di pertinenza della questione dell' insegnamento con quella della rimozione del crocifisso⁵⁶³.

Il quinto, ed ultimo, argomento del Governo consiste nel sostenere che la rimozione del crocifisso comporterebbe una violazione del “*diritto dei genitori che desiderano che i crocifissi siano mantenuti nelle aule scolastiche*”, espresso attraverso la votazione in Consiglio d'istituto, e, dunque, un “*abuso di posizione minoritaria*”⁵⁶⁴. Ciò sarebbe anche in contraddizione con il dovere dello Stato di aiutare le persone a soddisfare i propri bisogni religiosi.

-Ragionamento della Corte. Il problema che fa sorgere la necessità argomentativa (P) è il seguente: “la presenza dei crocifissi nelle aule delle scuole pubbliche italiane è compatibile con le esigenze degli articoli 2 del Protocollo n. 1 e 9 della Convenzione?”

Circoscrivendo così la questione, la Corte si mette al riparo dal doversi pronunciare su altre due questioni: 1) presenza del crocifisso in altri luoghi pubblici; 2) compatibilità dell'esposizione del crocifisso con il principio di laicità italiano⁵⁶⁵.

La prima questione chiarita dalla Corte riguarda il rapporto intercorrente tra la disposizione di cui all'art. 2 del Protocollo addizionale 1 e l'art. 9 CEDU. Queste due

⁵⁶² Ivi, § 39.

⁵⁶³ M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 116 “hay argumentos que tienen la apariencia de ser buenos, pero que no lo son, y a los que tradicionalmente se ha denominado «falacias»”. Quanto alla presunta fallacia commessa dal Governo in questo caso v. L. Vega Reñon, *Si de argumentar se trata*, Montesinos, 2003, p. 196, secondo il quale le fallacie che si basano sulla mancanza di pertinenza sono quelle “argumentaciones que ignoran o que desvían la cuestión – e.g. apelaciones a consideraciones o autoridades que no tienen que ver con el asunto discutido o con el curso de una discusión y, en general, la prolífica familia de las apelaciones *ad...*”.

⁵⁶⁴ CEDU, 18 maggio 2011, Lautsi c. Italia, § 40.

⁵⁶⁵ In questo modo la Corte rinuncia a pronunciarsi sulla compatibilità tra l'esposizione di simboli religiosi e un sistema laico come fa giustamente notare L. Zucca, *The Classroom as a Tolerance Lab*, in ID., *A Secular Europe. Law and Religion in the European Constitutional Landscape*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 137 – 157, p. 149.

norme, secondo la Corte, sarebbero in **relazione di specialità**⁵⁶⁶: l'art. 2 del Protocollo è norma speciale rispetto all'art. 9 CEDU, specie con riferimento alla seconda frase dell'art. 2 sull'obbligo degli Stati contraenti di rispettare, nell'ambito dell'esercizio delle funzioni da loro assunte in questo campo, il diritto dei genitori di assicurare un'educazione e un insegnamento conforme alle loro convinzioni religiose e filosofiche. Nonostante il rapporto di specialità, tuttavia, la Corte riconosce come la disposizione di cui all'art. 2 del Protocollo 1 vada letta alla luce dello stesso art. 9, mostrando di tenere in conto anche la lettura **sistematica**⁵⁶⁷ delle disposizioni convenzionali. La Corte, insomma, si ritaglia uno spazio di decisione ben preciso da una parte, ma si lascia aperta la possibilità di un'interpretazione sistematica dall'altra utilizzando, in particolare, quello che Guastini definisce l' "**argomento dell'incostanza terminologica**"⁵⁶⁸. Secondo tale argomento "ogni espressione del linguaggio legislativo riceve significato dal peculiare contesto in cui è collocata, sicché non è detto che una medesima espressione conservi lo stesso significato al mutare del contesto"⁵⁶⁹. La seconda frase dell'art. 2 del Protocollo addizionale 1 va, dunque, letta tenendo conto dell'art. 9 "*che garantisce la libertà di pensiero, coscienza e religione, fra cui quella di non aderire ad una religione, e che pone a carico degli Stati contraenti un «dovere di neutralità e imparzialità»*"⁵⁷⁰.

⁵⁶⁶ Sul criterio di specialità in generale v. R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 117 – 126 e, ampiamente, la complessa monografia sul punto di S. Zorzetto, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Edizioni ETS, Pisa, 2011.

⁵⁶⁷ Sull'interpretazione sistematica v. R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 296 – 301.

⁵⁶⁸ Ivi, p. 299.

⁵⁶⁹ Ibidem.

⁵⁷⁰ CEDU, 18 maggio 2011, Lautsi c. Italia, § 59. Secondo l'opinione di P. Chiassoni, *Appendice*, in ID., *Diritti umani, sentenze elusive e clausole ineffabili*, cit., pp. 43 – 48, la tesi della Corte sulla specialità dell'art. 2 del Protocollo 1 è chiaramente apodittica perché non fornisce grandi argomenti a sostegno, nonché opinabile. Infatti, "alla luce dello spirito complessivo della Convenzione, quale può desumersi anche dal principio interpretativo sancito all'art. 17 CEDU, la specialità tra le due norme deve essere letta non già come specialità che indebolisce i principi dell'art. 9 CEDU (*specialità derogatoria*), bensì come specialità che li rafforza, richiedendone l'applicazione nell'ambito, di estrema importanza per i diritti individuali, dell'educazione ed istruzione pubblica (*specialità corroborativa*). Così intesa la specialità tra le due norme, occorre concludere che il dovere di rispetto sancito dall'art. 2, Protocollo n.1, debba essere concretizzato in modi compatibili con il dovere di neutralità e imparzialità degli Stati in materia religiosa ex art. 9 CEDU."

L'art. 2 del Protocollo addizionale 1, è bene ricordarlo, recita: “Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di assicurare tale educazione e tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche.” Sulla nozione di “rispetto” si costruisce l'argomento principale della Corte, secondo la quale “*la parola "rispettare", alla quale rinvia l'articolo 2 del Protocollo n° 1, significa di più di riconoscere o prendere in considerazione; oltre ad un impegno piuttosto negativo, questo verbo implica da parte dello Stato un certo obbligo positivo*”⁵⁷¹. In generale, l'art. 2 esclude che contenuti e modalità degli insegnamenti pubblici possano essere definiti tenendo in considerazione orientamenti filosofici e religiosi specifici; in caso contrario, infatti, ne risulterebbe pregiudicato il rispetto delle convinzioni dei genitori che non li condividono⁵⁷². Da ciò discende l'obbligo per gli Stati di provvedere ad un insegnamento scolastico informato al principio generale del “*pluralismo educativo*”⁵⁷³, alieno rispetto a

⁵⁷¹ Ivi, § 61.

⁵⁷² M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 239.

⁵⁷³ Sul punto la Corte fa riferimento a due noti e pertinenti precedenti. Il primo è CEDU, 7 dicembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Danimarca*. Nel 1970 in Danimarca venne introdotto nella scuola primaria un insegnamento obbligatorio di educazione sessuale, il cui obiettivo era quello di ridurre il crescente fenomeno delle gravidanze indesiderate e promuovere il rispetto dell'altro. Una volta introdotto legislativamente l'insegnamento, il Ministro dell'Educazione richiese ad una commissione incaricata di preparare una nuova guida sull'educazione sessuale. La versione definitiva del provvedimento fu contestata dal partito cristiano che ne propose un emendamento che lasciasse la libertà ai genitori di esonerare i figli dall'insegnamento, rigettato. I genitori di alcuni ragazzi della scuola primaria non ritennero sufficiente la circostanza che il neo-introdotto insegnamento fosse reso in conformità con le convinzioni cristiane, dal momento che, implicando questioni morali, preferivano istruire personalmente i figli sulle stesse. Di conseguenza, essi chiesero ripetutamente che i figli venissero esonerati dall'insegnamento dall'educazione sessuale. Le richieste non furono accolte e i genitori in risposta ritirarono i propri figli dalle rispettive scuole. Con un ricorso congiunto, la questione fu sottoposta alla Corte di Strasburgo per supposta violazione dell'art. 2, Protocollo 1. I giudici europei, con voto di maggioranza (6 a 1), ritennero non vi fosse stata nel caso di specie violazione della disposizione convenzionale, perché l'insegnamento offerto dalla scuola era idoneo a trasmettere conoscenza e non indottrinamento religioso, con ciò rispettando le convinzioni filosofiche dei genitori.

Il secondo è, invece, CEDU, 29 giugno 2007, *Folgero e altri c. Norvegia*. Nel 1997 fu introdotto nel curriculum scolastico norvegese l'insegnamento denominato KRL (cristianesimo, religione e filosofia) che unificò, con l'intento di fornire agli alunni un'educazione pluralista, i corsi di cristianesimo (insegnamento confessionale) e filosofia di vita. Tale insegnamento prevedeva, tra i suoi contenuti, il cristianesimo, attraverso una specifica clausola che, attuando il disposto dell'art. 2 della Costituzione norvegese⁵⁷³, confermava la “vocazione cristiana” dello Stato in ambito educativo. Tuttavia, si precisava, che l'insegnamento non dovesse essere impartito in modo predicativo. L'intento pluralistico del nuovo insegnamento e il metodo non confessionale che la legge indicava per esso indusse il governo a sostituire una dispensa totale dal corso di cristianesimo del previgente regime, con una dispensa totale solo per l'“attività di stampo chiaramente religioso” in contrasto con le convinzioni genitoriali; per le attività di altra natura fu

qualsiasi fine di indottrinamento “che potrebbe essere considerato irrispettoso delle convinzioni religiose e filosofiche dei genitori”⁵⁷⁴.

Prendendo le mosse dal principio del pluralismo educativo, la Corte analizza gli argomenti delle parti contestando, anzitutto, l'**interpretazione restrittiva** dell'art. 2 del Protocollo 1 proposta dal Governo italiano, secondo cui “l'obbligo che incombe agli Stati contraenti ai sensi della seconda frase dell'articolo 2 del Protocollo 1 verte unicamente sul contenuto dei programmi scolastici”⁵⁷⁵. Ad avviso della Corte “l'obbligo degli Stati contraenti di rispettare le convinzioni religiose e filosofiche dei genitori non vale soltanto per il contenuto dell'istruzione e il modo in cui viene impartita: si impone ad essi "nell'esercizio" di tutte le "funzioni" - nei termini della seconda frase dell'articolo 2 del Protocollo n° 1 - che essi assumono in materia di educazione e di insegnamento”⁵⁷⁶. Secondo la Corte non vi è dubbio che il caso concreto dell'esposizione del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche ricada della disposizione protocollare dal momento che “quando la sistemazione dell'ambiente scolastico compete alle autorità pubbliche, occorre vedere in ciò una funzione assunta dallo Stato nell'ambito dell'educazione e dell'insegnamento, ai sensi della seconda frase dell'articolo 2 del Protocollo n° 1”⁵⁷⁷. Dunque, una prima premessa del ragionamento della Corte è la seguente: la questione dell'esposizione del crocifisso nelle aule rientra nella disposizione di cui all'art. 2 del Protocollo 1.

predisposto un sistema di dispensa parziale attivabile a seguito di richiesta previa motivata. A seguito di accessi dibattiti, quattro famiglie, tutte aderenti all'Associazione umanista norvegese, esauriti i rimedi giurisdizionali interni per ottenere la piena e totale dispensa dal corso di KRL, presentarono ricorso alla Corte EDU, lamentando la violazione dell'articolo 2 P1573, dell'articolo 8 e dell'articolo 9, in combinato disposto con l'articolo 14 CEDU. La Corte, valutando per la prima volta la richiesta dei genitori a che i propri figli fossero esentati da un corso scolastico obbligatorio, ritenne violato l'art. 2 P1, coordinando tra loro i principi del margine d'apprezzamento statale nella definizione dei percorsi scolastici e della supervisione europea nella verifica del rispetto del pluralismo educativo e della libertà morale e religiosa dei genitori nell'educazione dei figli.

⁵⁷⁴ CEDU, 18 maggio 2011, Lautsi c. Italia, § 62.

⁵⁷⁵ Sull'interpretazione restrittiva v. R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 98 – 100 e pp. 284 – 289.

⁵⁷⁶ CEDU, 18 maggio 2011, Lautsi c. Italia, § 63.

⁵⁷⁷ Ivi, § 64.

Successivamente, la Corte affronta la sub-questione relativa alla natura simbolica del crocifisso, sulla quale assume, in questo passaggio, un atteggiamento netto affermando che lo stesso “*sia innanzitutto un simbolo religioso*”. Tuttavia, i giudici affermano che non essendovi elementi che attestino l’eventuale influenza del simbolo sugli alunni “*non è [...]ragionevolmente possibile affermare che essa ha o non ha un effetto su persone giovani le cui convinzioni sono in fase di formazione*”, aggiungendo che “*la percezione soggettiva della ricorrente non può da sola essere sufficiente a caratterizzare una violazione dell’articolo 2 del Protocollo n° 1*”⁵⁷⁸. Dunque, una seconda premessa del ragionamento della Corte è: non può affermarsi ragionevolmente che l’esposizione del crocifisso, inteso esclusivamente quale simbolo religioso, violi il disposto dell’art. 2 del Protocollo 1.

La Corte prosegue il suo ragionamento analizzando le argomentazioni del Governo italiano secondo le quali il crocifisso racchiuderebbe in sé, oltre ai valori religiosi, anche principi e valori che fondano la democrazia occidentale. La Corte non nega che la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche conferisca una visibilità preponderante alla religione maggioritaria del Paese, ma, accogliendo la tesi del Governo secondo cui il crocifisso rappresenterebbe anche e soprattutto un simbolo culturale e della tradizione identitaria italiana e constatando come “*il Consiglio di Stato e la Corte di cassazione hanno delle posizioni divergenti in proposito e che la Corte costituzionale non si è pronunciata*”, la Grand Chambre decide di rifugiarsi nella concessione di un ampio **margin**e di

⁵⁷⁸ CEDU, 18 maggio 2011, Lautsi c. Italia, § 66. Sul problema della ragionevolezza dell’argomentazione v. M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 562 – 564, specie quando afferma che “la necesidad de ser razonable[...]se plantea cuando, en relación con una cuestión, parece existir, en principio, un cierto margen para decidir de una manera o de otra” (p. 563), cosa che, nel caso di specie, sembra escludere la Corte.

apprezzamento all'Italia⁵⁷⁹. Tale scelta sarebbe avvalorata, nell'ottica della Corte, dalla mancanza di “*consenso*” tra gli Stati europei sul punto. Dunque, una terza premessa del ragionamento della Corte è: la questione relativa all'esposizione del crocifisso, inteso quale simbolo oltre che religioso, anche culturale e identitario, rientra nel margine di apprezzamento statale⁵⁸⁰.

Offrendo poi una lettura dell'art. 2 Protocollo 1 orientata a valorizzare il principio di neutralità così come si evince dall'art. 9 CEDU, la Corte accoglie la natura di simbolo passivo del crocifisso. Non si comprende, tuttavia, come la Corte possa prima negare di potersi esprimere ragionevolmente sull'influenza del simbolo sugli alunni e poi affermare successivamente che il simbolo sia passivo e, dunque, che la sua influenza non sia “*paragonabile a quello che può avere un discorso didattico o la partecipazione ad attività religiose*”⁵⁸¹. Se possibile, poi, la Corte fa peggio quando utilizza l'argomento compensativo⁵⁸² secondo cui

⁵⁷⁹ Cfr. sul punto P. Annicchino, *Tra margine di apprezzamento e neutralità: il caso «Lautsi» e i nuovi equilibri della tutela europea della libertà religiosa*, in R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 179 – 193.

⁵⁸⁰ Molto interessante è l'analisi del caso proposta da R. Alexy, *The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 2016, pp. 1-17. Alexy spiega l'utilizzo del margine di apprezzamento da parte della *Grand Chambre* nella sentenza *Lautsi* attraverso la teoria della discrezionalità. Secondo Alexy: “The basic distinction of discretion theory is the distinction between substantial and epistemic discretion. Substantial discretion exists when something is neither commanded nor prohibited by the constitution. By contrast, epistemic discretion arises when knowledge of what the constitution commands or prohibits is uncertain. Here, only substantial discretion shall be considered.

There are three kinds of substantial discretion: (i) end-setting discretion; (ii) means-selecting discretion; and (iii) discretion in balancing. The legislator has end-setting discretion to the extent that the constitution gives him the free choice of the reasons for interferences with constitutional rights, say, by explicit reservation clauses. The *Lautsi* judgment of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights present an example of end-setting discretion.”

⁵⁸¹ CEDU, 18 maggio 2011, *Lautsi c. Italia*, § 72.

⁵⁸² Secondo M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., pp. 253 -254: “la Corte accetta senza sottoporla ad alcun vero esame critico (che sembra trasparire dalle argomentazioni esposte nel ricorso governativo) che l'esposizione del crocifisso non possa integrare una violazione dell'art. 2 Prot. 1 (né, quindi, dell'art. 9) poiché è inquadrata all'interno di un sistema di istruzione pubblica ispirato al pluralismo e al rispetto di ogni convinzione religiosa, così che l'ipotesi di un'influenza forte sugli alunni sarebbe da escludere. Anche a tacere dei dubbi sulla validità di simili argomentazioni “compensative” – vale a dire: non convince l'idea, sottostante a tale ragionamento, che assegna rilevanza determinante al contesto: quest'ultimo può certamente essere considerato nell'ottica di una valutazione complessiva della fattispecie, ma non deve impedire di isolare e valutare autonomamente la “condotta” sulla quale si appunta il sindacato della Corte – quello che più interessa rilevare è che,

la neutralità dello spazio scolastico non sarebbe violata dal momento che la presenza del crocifisso “non è associata ad un insegnamento obbligatorio del cristianesimo” e che “l’Italia apre parallelamente lo spazio scolastico ad altre religioni”⁵⁸³; non si vede, infatti, cosa possano aggiungere questi due sub-argomenti all’argomento principale (terza premessa del ragionamento della Corte) secondo cui l’esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche non viola il principio di neutralità⁵⁸⁴.

Partendo da tutte queste premesse, la Corte conclude che “nel decidere di mantenere i crocifissi nelle aule della scuola pubblica frequentata dai figli della ricorrente, le autorità hanno agito entro i limiti del potere discrezionale di cui dispone lo Stato convenuto nell’ambito del suo obbligo di rispettare, nell’esercizio delle funzioni che esso assume nel campo dell’educazione e dell’insegnamento, il diritto dei genitori ad assicurare questa educazione e questo insegnamento in conformità alle loro convinzioni religiose e filosofiche”⁵⁸⁵, da ciò deducendo la non violazione dell’art. 2 del Protocollo 1.

Quanto all’allegata violazione dell’art. 14 CEDU, la Corte dichiara non doversi esaminare il motivo poiché non vi è stata violazione dell’art. 9, rispetto al quale l’art. 14 funge da disposizione ancillare⁵⁸⁶.

3.1.d.1. Segue. Le tesi di Weiler.

ponendo la questione in questi termini, la Corte fa implicitamente riferimento a una nozione ristretta di libertà negativa che sembra coincidere solo con il diritto a essere tollerati;[...]

⁵⁸³ Ivi, § 74.

⁵⁸⁴ Sul punto fa notare giustamente A. Ruiz Miguel, *Laicidad y Constitución*, Colección de Cuadernos “Jorge Carpizo”, Para entender y pensar la laicidad, Núm. 8, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013, p. 20: “los Estados miembros del Convenio Europeo no están obligados a mantener propiamente la laicidad o neutralidad religiosa en el ámbito de la enseñanza pública, sino únicamente el distinto y más limitado principio de prohibición del adoctrinamiento.”

⁵⁸⁵ Ivi, § 76.

⁵⁸⁶ Non mi sento sul punto di condividere l’opinione di P. Chiassoni, *Appendice*, cit., pp. 47 – 48, secondo cui la Corte avrebbe comunque dovuto esaminare eventuali profili discriminatori della presenza dei crocifissi nelle aule scolastiche, attribuendo rilevanza all’art. 14 CEDU.

Nel giudizio *Lautsi*, a sostegno del governo italiano, intervennero ben nove Stati (Armenia, Bulgaria, Cipro, Grecia, Lituania, Malta, Russia e San Marino). Le Terze Parti erano tutte rappresentate in giudizio dal prof. Joseph H. H. Weiler, professore di Diritto presso la New York University e Professore Onorario presso la London University. In un breve discorso tenuto dinanzi ai giudici della Gran Camera il 30 giugno 2010, Weiler spiegò per quali ragioni ben 9 Stati decisero di sostenere il ricorso governativo italiano.

Weiler prende le mosse dai tre principi che, a suo modo di vedere, sono stati utilizzati dalla terza sezione per offrire una soluzione al caso Lautsi: principio della libertà religiosa negativa e positiva; principio della tolleranza e del pluralismo; principio di neutralità.

Rispetto ai primi due, le Terze Parti “*sono assolutamente concordi che la Convenzione garantisca agli individui sia la Libertà di religione, sia la Libertà dalla religione (la libertà religiosa positiva e negativa), ed essi concordano assolutamente sul bisogno che un’aula scolastica educi alla tolleranza e al pluralismo*”⁵⁸⁷.

Le Terze Parti, invece, non concordano con il principio di neutralità così come ricostruito dalla terza sezione della Corte di Strasburgo. Secondo tale ricostruzione, “*il dovere di neutralità dello Stato di neutralità e imparzialità è incompatibile con ogni genere di suo potere di valutare la legittimità delle convinzioni religiose o dei modi di esprimere quelle convinzioni*”⁵⁸⁸. Da questa premessa, la terza sezione deduce che la presenza del crocifisso nella aule scolastiche integra una violazione dell’art. 9.

Secondo Weiler questa maniera d’intendere la neutralità si basa su due errori concettuali:

⁵⁸⁷ J. H. H. Weiler, *Intervento orale in rappresentanza di Armenia, Bulgaria, Cipro, Grecia, Lituania, Malta, della Federazione Russa e di San Marino – Stati che intervengono come terze parti nel caso Lautsi innanzi alla Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, § 4.

⁵⁸⁸ CEDU, 3 novembre 2009, *Lautsi c. Italia*, § 47.

1. Esistono Stati membri in cui la *laïcité* è parte della definizione di Stato (come per la Francia), nei quali non è possibile per lo Stato far proprio un simbolo religioso perché la religione è un affare privato. Tuttavia, “nessuno Stato ha l’obbligo ai sensi della Convenzione di abbracciare la *laïcité*”⁵⁸⁹ e, di conseguenza, “l’Italia è libera di scegliere di essere *laïque*. Il popolo italiano può democraticamente e costituzionalmente scegliere di avere uno Stato *laïque* (e non è una questione per questa Corte se il crocifisso sui muri sia compatibile o meno con la Costituzione italiana, bensì per la Corte italiana). Ma il ricorrente, la Sig.ra Lautsi, non vuole che questa Corte riconosca il diritto dell’Italia di essere *laïque*, ma imporglielo come dovere. Questo non trova un fondamento nel diritto.”⁵⁹⁰. Secondo Weiler, la conclusione raggiunta dalla sezione semplice non sarebbe condivisibile in quanto essa “non è un’espressione del pluralismo proprio del sistema della Convenzione, ma è una espressione dei valori dello stato *laïque*. Estenderla all’intero sistema della Convenzione vorrebbe dire, con grande rispetto, l’americanizzazione dell’Europa. Americanizzazione in due aspetti: primo, una singola ed unica regola per tutti; secondo, una rigida separazione, in stile americano, tra Chiesa e Stato, come se i popoli di quegli Stati Membri non-*laïque* non possano essere responsabili così da vivere i principi della tolleranza e del pluralismo. Questo, ancora una volta, non è Europa.”⁵⁹¹ La decisione della Camera, secondo Weiler, “rischia di appiattare il nostro panorama costituzionale rubandoci questa qualità superiore di diversità costituzionale”⁵⁹².

⁵⁸⁹ J. H. H. Weiler, *Intervento orale*, cit., § 10.

⁵⁹⁰ Ivi, § 15.

⁵⁹¹ Ivi, § 17.

⁵⁹² Ivi, § 19.

2. La Camera opera un'inopportuna sovrapposizione dei concetti di laicismo (*secularism*), *laïcité* e neutralità. Equiparare queste tre posizioni vuol dire, secondo Weiler, non riconoscere la parzialità della *laïcité*, che “non è una categoria vuota che significa assenza di fede”: essa è, piuttosto, una convinzione tra le altre secondo la quale “la religione trova un solo posto legittimo nella sfera privata, e che non può esserci alcuna commistione tra l'autorità pubblica e quella della religione” ed è “giuridicamente disonesto adottare una posizione politica che divide la nostra società, e pretendere che in qualche modo sia neutrale”⁵⁹³. Calando le proprie considerazioni nel contesto specifico dell'aula scolastica, Weiler afferma che “un muro denudato per mandato statale, come in Francia, può suggerire agli alunni che lo Stato sta assumendo un atteggiamento anti-religioso”⁵⁹⁴.

Messi in evidenza questi due presunti errori concettuali, Weiler conclude il proprio discorso nel seguente modo:

“28. È chiaro che date le diversità dell'Europa su questo punto non ci può essere una soluzione che sia calzante per ogni Paese Membro, per ogni classe e per ogni situazione. C'è bisogno di tenere conto della realtà politica e sociale dei diversi luoghi, della sua demografia, della sua storia e della sensibilità e della suscettibilità dei genitori. Però, la Francia con il crocifisso sul muro non è più Francia. L'Italia, senza, non è più l'Italia. Così l'Inghilterra senza God Save the Queen.”

29. Ci possono essere delle circostanze particolari in cui la soluzione adottata dallo Stato potrebbe essere considerata coercitiva e ostile, ma l'onere della prova resta comunque in capo all'individuo, e il livello richiesto per la prova deve essere estremamente alto, prima che questa Corte decida di intervenire in nome della Convenzione nelle scelte educative fatte da uno Stato. Una regola per tutti, come ha deciso la Seconda Camera, priva di un contesto storico, politico, demografico e culturale non è solamente sconsigliabile, ma mina il pluralismo, la diversità e la tolleranza più autentici che la Convenzione intende salvaguardare, e che sono il marchio dell'Europa.”

⁵⁹³ Ivi, § 21.

⁵⁹⁴ Ivi, § 27.

Il primo elemento che mi preme sottolineare con riferimento alle ragioni offerte da Weiler a sostegno dei Terzi ricorrenti è quello della diffusa retoricità degli stessi. Ciò deriva, chiaramente, dal fatto che il discorso sia presentato in forma orale. Come sottolinea Atienza, infatti, “la forma oral o escrita es un elemento muy importante de la argumentación; simplemente no se argumenta igual en uno u otro contexto: es obvio que en un discurso oral pueden utilizarse recursos persuasivos (los gestos del orador, el tono de la voz, etc.) de los que la forma escrita carece”⁵⁹⁵. È difficile negare, in effetti, come alcune espressioni come “*la Francia con il crocifisso sul muro non è più la Francia*” o “*Questo, ancora una volta, non è Europa!*” siano utilizzate per influenzare l’uditorio, scopo raggiunto se si guarda poi alla decisione finale e alle argomentazioni offerte dalla *Grand Chambre*. Se le si analizza, però, da un punto di vista della correttezza materiale, le stesse ragioni sostenute da Weiler non sembrano tanto convincenti⁵⁹⁶.

Alfonso Ruiz Miguel fa notare in merito che la sostanza dell’argomento di Weiler è che optare per la laicità, che nel caso concreto significa la rimozione del crocifisso dalla scuola, non sarebbe neutrale. Anche tale scelta, infatti, sarebbe frutto di un’opzione particolare e avrebbe determinate conseguenze sul piano educativo. Meglio sarebbe, secondo Weiler, adottare un punto di vista “veramente pluralista” accogliendo, ad esempio, altri simboli religiosi, a dispetto di una “falsa neutralità” che, invece, decide di escludere una delle opzioni etiche possibili dallo spazio pubblico⁵⁹⁷. Ruiz Miguel mette abilmente a nudo la fragilità degli argomenti di Weiler.

⁵⁹⁵ M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 681. Sul punto v. ampiamente C. Perelman – L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell’argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino, 2001.

⁵⁹⁶ V. la differenza tracciata da M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 562 – 563, tra “ragionevolezza” e “accettabilità” di un’argomentazione.

⁵⁹⁷ A. Ruiz Miguel, *Laicidad y Constitución*, cit., p. 21. Come ricorda Ruiz Miguel, gli argomenti di Weiler sono compiutamente sviluppati in J.H.H. Weiler, *Un’Europa Cristiana. Un saggio esplorativo*, Rizzoli, Bologna, 2003.

Se si attribuisce pari valore a tutte le concezioni etiche, oltre a quelle religiose devono tenersi nella medesima considerazione anche quelle atee ed agnostiche che, sicuramente, potranno essere più o meno belligeranti, indifferenti o benevolenti rispetto alle religioni. Il fatto che lo Stato non possa, dal punto di vista degli effetti, assumere una decisione senza “scontentare” coloro che hanno optato per una delle visioni suddette, non esclude però che, secondo Ruiz Miguel, le decisioni statali debbano essere informate al principio del “meta-agnosticismo”⁵⁹⁸. Lo Stato, per essere veramente neutrale ed imparziale, non deve assumere, come vorrebbe far intendere Weiler, una posizione agnostica, e dunque dubitativa nei confronti delle credenze religiose, ma “meta-agnostica”:

“Tal posición, en suma, adoptaría la actitud previa de quien no solo se niega a afirmar nada positivo en materia religiosa, ni siquiera la mera duda, sino que incluso se niega a entrar en la consideración de si debe dudarse sobre ello. En suma, un Estado genuinamente laico debe situarse en una posición previa tanto a la creencia como a la duda en materia religiosa.”⁵⁹⁹

Così facendo, Ruiz Miguel mette in evidenza come Weiler voglia attraverso il proprio ragionamento indurre la Gran Camera a considerare anti-religioso il comportamento di uno Stato che decide di rimuovere i crocifissi dalle aule scolastiche, sfruttando la già discussa distinzione tra laicità sana (o positiva) e laicismo⁶⁰⁰ e intendendo quest’ultimo come atteggiamento belligerante nei confronti di una o più religioni. Non è un caso il riferimento di Weiler ai modelli francese ed americano che, relegando

⁵⁹⁸ Ivi, p. 22.

⁵⁹⁹ Ivi, p. 26.

⁶⁰⁰ V. *supra* cap. 3, par. 4.

totalmente le credenze religiose in una sfera privata attraverso una separazione netta tra Stato e Chiesa, sono ritenuti da molti più anti-religiosi che genuinamente neutrali ed imparziali. L'utilizzo dell'argomento laicista, che nel terzo capitolo difendo nella misura in cui non venga utilizzato a fini strumentali da parte delle religioni, nelle parole di Weiler è il chiaro frutto di un allineamento a quella parte del mondo credente che lo sfrutta come “contenitore di tutto ciò che, in materia di rapporti tra Stato e Chiesa, non aggrada a quest'ultima”⁶⁰¹.

⁶⁰¹ G. Zagrebelsky, *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Laterza, Roma – Bari, 2010, p. 11.

3.2. Analisi e valutazione del caso CEDU, 10 gennaio 2017, Osmanoglu e Kocabas

c. Svizzera.

3.2.a. Fatto.

Nel mese di ottobre 2015, dopo diversi anni di polemiche, le autorità locali di Basilea decidono di cambiare le regole relative a un'area per sole donne nelle piscine della città frequentate dalle donne musulmane e dai loro figli (bambini fino all'età di 6 anni), aprendo a corsi di nuoto misti. In virtù di tale decisione, inizia a crescere il malcontento per il fatto che molte donne indossino il bikini e che la zona sia comunque frequentata da uomini.

Nel 2008 Aziz Osmanoglu e Sehabat Kocabas, cittadini svizzeri di origine turca e fede musulmana residenti a Basilea, si oppongono al fatto che le figlie debbano frequentare corsi misti di nuoto, obbligatori nella scuola elementare svizzera, sostenendo la loro volontà di educarle al rispetto dei principi del Corano. Dopo alcuni tentativi di mediazione rifiutati dai genitori, tra cui la disponibilità dell'istituto a far indossare alle bambine un costume integrale, nel 2010 le autorità scolastiche decidono di multare la coppia turco-svizzera di 350 franchi, per "violazione delle proprie responsabilità genitoriali".

3.2.b. Iter processuale.

- Il 30 maggio 2011, la coppia impugna la multa dinanzi alla Corte d'Appello del Cantone di Basilea. Il ricorso viene rigettato.

-Il 7 marzo 2012, la Suprema Corte Federale rigetta un ulteriore appello sostenendo che la decisione delle autorità scolastiche non ha violato la libertà di coscienza e credo. Pur

ritenendo, invece, violata la libertà religiosa la Corte ritiene tale interferenza legittima in quanto i corsi di nuoto obbligatori fanno parte del curriculum scolastico del Cantone di Basilea e si fondano, dunque, su di una solida base legale.

-Il 23 aprile 2012, il sig. Osmanoglu e la sig.ra Kocabas presentano ricorso dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per supposta violazione dell'art. 9 CEDU. Non avendo la Svizzera ratificato il protocollo addizionale n.1, i ricorrenti non possono far valere l'art. 2 di tale protocollo.

3.2.c. Quadro normativo.

Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Art. 9: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalle legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui."

Diritto interno.

- **Costituzione svizzera. Art. 15: - Libertà di credo e di coscienza** "La libertà di credo e di coscienza è garantita.
 2. Ognuno ha il diritto di scegliere liberamente la propria religione e le proprie convinzioni filosofiche e di professarle individualmente o in comunità.
 3. Ognuno ha il diritto di aderire a una comunità religiosa, di farne parte e di seguire un insegnamento religioso.
 4. Nessuno può essere costretto ad aderire a una comunità religiosa o a farne parte, nonché a compiere un atto religioso o a seguire un insegnamento religioso."

Art. 36 – Limiti dei diritti fondamentali: "1. Le restrizioni dei diritti fondamentali devono avere una base legale. Se gravi, devono essere previste dalla legge medesima. Sono eccettuate le restrizioni ordinate in caso di pericolo grave, immediato e non altrimenti evitabile.

2. Le restrizioni dei diritti fondamentali devono essere giustificate da un interesse pubblico o dalla protezione di diritti fondamentali altrui.
3. Esse devono essere proporzionate allo scopo.
4. I diritti fondamentali sono intangibili nella loro essenza.”

Art. 62 – Scuola: “1. Il settore scolastico compete ai Cantoni.

2. I Cantoni provvedono a una sufficiente istruzione scolastica di base, accessibile a tutti i giovani. L'istruzione di base è obbligatoria e sottostà alla direzione o vigilanza dello Stato. Nelle scuole pubbliche è gratuita. [...]”

- **Codice civile. Art. 303 – Educazione religiosa:** “1. I genitori dispongono dell'educazione religiosa.
 2. Ogni convenzione che limiti questo diritto è nulla.
 3. Il figlio che ha compiuto il sedicesimo anno di età decide liberamente circa la propria confessione religiosa.”
- **Education Act of the Canton of Basel Urban. Del 4 aprile 1929. Section 17:** “Primary school shall last for four academic years. As a general rule, boys and girls shall be educated together.”

Section 22: “The compulsory lessons in primary school shall be: languages, reading, mathematics, history of cultural heritage, writing, drawing, gymnastics (Turnen) ...”

Section 66 : “1. All pupils shall attend the compulsory lessons.

2. An exemption from lessons or from certain subjects may only be granted subject to compliance with certain conditions for which specific regulations have been issued.”

Section 91 “..

8. The obligations of persons responsible for children are defined as follows:

- (a) [Persons responsible for children] are obliged to ensure that their children attend compulsory and optional lessons on a regular basis and that they receive sufficient rest;
- (b) they must not deliberately keep their children away from school;
- (c) they shall take part in information meetings for parents and in meetings with teachers, organised by a member of the teaching staff or by the school authorities;
- (d) they shall instruct their children to comply with all of the school rules and instructions.

9. Persons who repeatedly fail to comply with the obligations listed in sub-section 8 are liable, at the request of the school authorities, to a fine of up to 1,000 [Swiss] francs. ...”

Section 139(2): “At least three hours per week shall be devoted to exercise and physical education as part of the curriculum.”

- **Schools Regulations (Schulordnung) of the Canton of Basle Urban. Regulation 34:** “The school authorities shall decide whether or not to grant an exemption from certain lessons. With a view to duly informing themselves, they shall be entitled to request supporting documents.”

Regulation 35: “Exemptions shall be granted for a specific period, which shall not exceed the duration of the semester already started. A new request shall be required for each application for an extension.”

3.2.d. Argomenti delle parti

-Ricorrenti e Governo svizzero.

-Fondando il ricorso sul dettato dell'art. 9 CEDU, i ricorrenti ritengono violato il proprio diritto alla libertà religiosa. L'obbligo di frequenza a corsi di nuoto misti imposto alle figlie è contrario alle loro convinzioni religiose e il rifiuto da parte delle autorità cantonali di formulare un'eccezione al diritto vigente è privo di una solida base legale, non persegue un fine legittimo ed è sproporzionato.

-Il Governo contesta gli argomenti dei ricorrenti.

-Ragionamento della Corte.

Il problema che fa sorgere la necessità argomentativa (P) è il seguente: l'obbligo scolastico di partecipazione a corsi di nuoto misti viola la libertà religiosa, sancita dall'art. 9 CEDU, di genitori musulmani che, per motivi religiosi, chiedono che le figlie siano esonerate da tali corsi?

La Corte si pronuncia, in via preliminare, sull'applicabilità dell'art. 9 CEDU. Seguendo la propria consolidata giurisprudenza, la Corte evidenzia come le questioni relative alle convinzioni filosofiche e religiose dei genitori ricadono nell'art. 2 del Protocollo addizionale 1. Ciononostante, non avendo la Svizzera ratificato il Protocollo, l'unica disposizione che tutela i ricorrenti è l'art. 9.

Passando al merito della questione, la Corte rileva come i ricorrenti ritengano violata la propria libertà religiosa, così come protetta dall'art. 9 CEDU, “*senza addurre*

alcuna prova” e basando il proprio ricorso sul semplice rifiuto da parte delle autorità cantonali di esonerare le figlie dalle lezioni di nuoto, elevando altresì una multa nei loro confronti⁶⁰². Nello specifico, secondo i ricorrenti, sarebbe violata la libertà di manifestazione del proprio credo religioso.

La Corte ricorda che, affinché l’atto ispirato, motivato o influenzato dalla religione ricada nella “manifestazione” ex art. 9 CEDU, lo stesso deve essere “*intimamente connesso alla religione o al credo*” e tale collegamento va valutato tenendo in considerazione le circostanze del caso concreto⁶⁰³. Nel caso di specie, i ricorrenti sostengono che le disposizioni coraniche impediscono loro di far frequentare corsi di nuoto misti alle figlie; ciò in ragione del fatto che “*sebbene il Corano stabilisca il precetto secondo cui il corpo femminile debba essere coperto solo a partire dalla pubertà, la loro fede li ha incaricati di preparare le figlie ai precetti religiosi che saranno loro applicati a partire dalla pubertà*”⁶⁰⁴. A partire da queste considerazioni, la Corte ritiene che la fattispecie rientri nel diritto di manifestare la propria religione: i ricorrenti pretendono di esercitare l’autorità genitoriale sancita dall’art. 303 del Codice Civile Svizzero e, quindi, sono legittimati a fondare le proprie ragioni su quest’aspetto dell’art. 9 CEDU. La Corte, inoltre, ritiene che vi sia stata un’interferenza nella libera manifestazione della religione. Resta da comprendere se tale interferenza sia o meno giustificata. Sul punto, la Corte è molto abile nell’evidenziare il movimento dialettico che si genera tra le ragioni dei ricorrenti e quelle del Governo svizzero.

- I **ricorrenti** ritengono che l’obbligo imposto alle figlie di partecipare a corsi di nuoto misti non trovi fondamento nella legislazione svizzera. Questo il ragionamento dei ricorrenti:

⁶⁰² CEDU, 10 gennaio 2017, Osmanoglu e Kocabas c. Svizzera, § 40.

⁶⁰³ Ivi, § 41.

⁶⁰⁴ Ivi, § 42.

- L'insegnamento di ginnastica e sport è obbligatorio in virtù dell' art. 68 § 3 della Costituzione Svizzera: “[La Confederazione]Può emanare prescrizioni sullo sport giovanile e dichiarare obbligatorio l'insegnamento dello sport nelle scuole”. Non esiste legislazione federale sul punto e, di conseguenza, bisogna far riferimento al Diritto cantonale.
- Il punto 9.2.4. del curriculum della scuola primaria del cantone di Basilea prevede corsi di nuoto obbligatori; il punto 9.2.5. prevede, invece, corsi di pattinaggio su ghiaccio. Poiché non è offerta, nella pratica, la possibilità di frequentare corsi di pattinaggio su ghiaccio, non può affermarsi che i corsi di nuoto formino parte degli insegnamenti di ginnastica e sport obbligatori. Inoltre, non tutte le scuole cantonali offrono insegnamenti obbligatori di nuoto.
- La Raccomandazione dell'Agosto 2008 contenente “Linee guide sulle questioni religiose nelle scuole” non costituisce una base legale idonea a giustificare un'interferenza.
- Il **Governo** ritiene che l'obbligo imposto alle figlie dei ricorrenti trovi giustificazione in una solida base legale.
 - Secondo l'art. 62 § 2 della Costituzione svizzera, l'insegnamento di base è obbligatorio (“I Cantoni provvedono a una sufficiente istruzione scolastica di base, accessibile a tutti i giovani. L'istruzione di base è obbligatoria e sottostà alla direzione o vigilanza dello Stato. Nelle scuole pubbliche è gratuita”).

- Secondo la sezione 22 dell' Education Act del Cantone di Basilea la ginnastica rientra tra gli insegnamenti obbligatori (“Gli insegnamenti obbligatori nella scuola primaria devono essere: lingue, lettura, matematica, storia dell’eredità culturale, scrittura, disegno, ginnastica [...]”).
- Secondo la sezione 139(1) dell’Education Act del Cantone di Basilea l’orario scolastico deve includere almeno tre ore di educazione fisica a settimana (“Almeno tre ore a settimana dovranno essere dedicate all’esercizio e all’educazione fisica come parte del curriculum”).
- Secondo la sezione 17 dell’Education Act maschi e femmine partecipano insieme alle lezioni (“[...]Come norma generale, maschi e femmine dovranno essere educati congiuntamente”).
- Il punto 9.2.4. del curriculum della scuola primaria del cantone di Basilea prevede corsi di nuoto obbligatori.
- La sezione 66 dell’Education Act prevede che “1. Tutti i ragazzi dovranno prendere parte alle lezioni obbligatorie. 2. Un esonero dalle lezioni o da alcune materie specifiche potrà essere concesso solamente sotto determinate condizioni per le quali sono state create specifiche regolamentazioni”. Una Raccomandazione datata settembre 2007 conferma l’obbligatorietà delle lezioni di nuoto; potrà chiedersi un esonero dalle lezioni solo per i ragazzi che hanno raggiunto la pubertà, cioè i 12 anni. Ai bambini deve comunque

esser data la possibilità di coprire integralmente il proprio corpo, per rispetto dei precetti religiosi dei genitori.

- o La sezione 91(8) (b) dell'Education Act stabilisce che i genitori non potranno ritirare deliberatamente i figli dai corsi obbligatori e che, in caso contrario, potrà essere elevata nei loro confronti una multa fino a 1000 franchi.

Così riassunti gli argomenti delle parti, la Corte ritiene che la misura contestata dai ricorrenti si fonda su di una solida base legale. In particolare, la Corte ricorda la propria **interpretazione estensiva** dell'espressione dell'art. 9 "stabilita dalla legge". La restrizione al diritto di libertà religiosa deve essere "stabilita dalla legge", ovvero sancita attraverso un atto normativo riconosciuto nell'ordine legale nazionale che sia scritto o non-scritto come quello proveniente dall'interpretazione operata da una Corte nazionale in Paesi di *common law*. L'atto normativo deve essere genuino e riconoscibile: il riferimento è, insomma, alla nozione generale di "*rule of law*", il cui intento principale è quello di garantire i diritti fondamentali dell'individuo da interferenze dell'autorità nazionale che si rivelino immotivate ed arbitrarie⁶⁰⁵. In merito, è molto interessante, a mio avviso, il passaggio argomentativo della Corte in cui la stessa afferma che "*il bisogno di evitare eccessiva rigidità e di stare al passo con le mutate circostanze comporta che molte leggi siano inevitabilmente formulate in termini che, in un minore o maggior grado, sono vaghi*"⁶⁰⁶. Attraverso queste parole, i giudici di Strasburgo dimostrano di comprendere bene che una nozione formalistica di legge non può soddisfare appieno le mutate condizioni del Diritto negli Stati costituzionali che,

⁶⁰⁵ Sul punto v. *supra* cap. 4, par. 3.2.2.

⁶⁰⁶ CEDU, 10 gennaio 2017, Osmanoglu e Kocabas c. Svizzera, § 52. Sul problema della "vaghezza" delle norme v. ampiamente R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 39 e ss.

esigendo un movimento continuo dalla fattispecie astratta al caso concreto, esalta il momento interpretativo come momento in cui è l'operatore del diritto a guardare la disposizione nel suo contesto d'applicazione “con la convinzione della non esaustività di un confinamento della certezza al solo momento produttivo della regola”⁶⁰⁷.

Passando poi a valutare se il fine perseguito dalla legge possa considerarsi o meno legittimo, la Corte mostra di condividere l'argomento governativo secondo cui “*la misura contestata era destinata all'integrazione dei bambini stranieri di diverse culture e religioni, così come a garantire il corretto funzionamento del sistema scolastico, in osservanza dell'istruzione obbligatoria e dell'egualianza tra sessi*”⁶⁰⁸. Più specificamente, la misura “*era destinata a proteggere i bambini stranieri da qualsiasi forma di esclusione sociale*”⁶⁰⁹.

La Corte, in virtù di tale argomento, ritiene legittima l'interferenza con il diritto di libertà religiosa dei genitori. Se da un lato, infatti, la stessa è motivata dalla protezione di “diritti e libertà altrui”, segnatamente il diritto dei bambini all'integrazione sociale, dall'altro, la misura è destinata a proteggere l' “ordine pubblico” attraverso la garanzia del corretto funzionamento del sistema scolastico. Queste considerazioni della Corte sembrano, peraltro, smentire una diffusa opinione secondo cui i giudici di Strasburgo valuterebbero con superficialità l'elemento del “fine legittimo”⁶¹⁰.

Quanto, invece, alla necessità della misura in una “società democratica”, la Corte elenca i principi che, relazionati al fattore religioso, rendono veramente

⁶⁰⁷ A. Abignente, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 99.

⁶⁰⁸ CEDU, 10 gennaio 2017, Osmanoglu e Kocabas c. Svizzera, § 64.

⁶⁰⁹ Ibidem.

⁶¹⁰ In tal senso sia F. Arlettaz, *Religión, libertades y Estado. Un estudio a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Icaria Editorial, Barcellona, 2014, pp. 150 – 151, che M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., pp. 171 – 172.

“democratica” una società. Tali principi sono, secondo i giudici di Strasburgo, il “pluralismo”, la “tolleranza” e l’ “apertura mentale”⁶¹¹. Non può farsi a meno di notare l’utilizzo prevalentemente retorico delle ultime due espressioni da parte della Corte; nei paragrafi successivi a quello in cui gli ultimi due “tratti distintivi” della società democratica vengono citati, infatti, non vi è più alcun esplicito riferimento ad essi che provi a spiegarne il contenuto in termini di correttezza materiale⁶¹².

Quanto al “pluralismo”, invece, la Corte sottolinea come non sia possibile “riscontrare in Europa una concezione uniforme del significato della religione nella società, e il significato o l’impatto della manifestazione pubblica del credo religioso cambierà a seconda del tempo e del contesto”⁶¹³. Questa constatazione fa da premessa alla successiva apertura dei giudici di Strasburgo al margine di apprezzamento nazionale. Rispetto alle misure adottate in conformità a tale strumento, la Corte ritiene di doversi pronunciare sul solo fatto se esse siano o meno conformi al principio del pluralismo, “che è vitale per la sopravvivenza di una società democratica”⁶¹⁴. Pur ritenendo di doversi pronunciare su tale principio, la Corte si cimenta, in realtà, su di una elaborata argomentazione relativa ad un altro principio che, mai citato esplicitamente, risulterà di importanza fondamentale nella decisione finale: il principio del “vivere insieme”⁶¹⁵.

La Corte accoglie, innanzitutto, l’argomento del Governo secondo cui “la scuola gioca un ruolo speciale nel processo di integrazione sociale” e, dunque, “un esonero da alcune lezioni è

⁶¹¹ CEDU, 10 gennaio 2017, Osmanoglu e Kocabas c. Svizzera, § 84.

⁶¹² L’utilizzo di tali espressioni da parte della Corte di Strasburgo sembra indirizzata a raggiungere quello che U. Neumann, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, in «Ars Interpretandi», 1/2010, pp. 49 – 70, p. 54, definisce “effetto retorico a breve termine”.

⁶¹³ CEDU, 10 gennaio 2017, Osmanoglu e Kocabas c. Svizzera, § 88.

⁶¹⁴ Ivi, § 89.

⁶¹⁵ Si vedano sul punto i recentissimi contributi di S. Trotter, *‘Living Together’, ‘Learning Together’, and ‘Swimming Together’: Osmanoglu and Kocabas v. Switzerland (2017) and the Construction of Collective Life*, in «Human Rights Law Review», 18/2018, pp. 157 – 169, e S. L. Wade, *‘Living Together’ or Living Apart from Religious Freedoms? The European Court of Human Rights’ Concept of ‘Living Together’ and Its Impact on Religious Freedom*, in «Case Western Reserve Journal of International Law», 50(2018), pp. 411- 435.

giustificato solamente in circostanze eccezionali, sotto condizioni ben definite ed avendo riguardo all'eguaglianza di tutti i gruppi religiosi"⁶¹⁶. Ritorna prepotentemente nelle argomentazioni dei giudici di Strasburgo il tema delle eccezioni per motivi religiosi. Tale rimedio, adottabile a discrezione del legislatore nazionale, è uno dei meccanismi di protezione della differenza, accanto ad altri come l'azione positiva e il riconoscimento di prestazioni positive a favore di gruppi o di singoli membri dei gruppi religiosi⁶¹⁷. Attraverso l'eccezione si creano deroghe a norme generali per assecondare le richieste di gruppi minoritari o loro membri, tra le quali riveste un ruolo di primaria importanza l'obiezione di coscienza. Si ricordi sinteticamente il già richiamato argomento di Dworkin sul punto: "Se si può gestire un'eccezione senza alcun danno significativo per la politica in questione, allora potrebbe essere irragionevole non concedere tale eccezione"⁶¹⁸. La scelta relativa alla gestione dell'eccezione viene lasciata, in ragione del margine di apprezzamento e del principio di sussidiarietà, alle autorità nazionali che sono meglio posizionate per valutare le ricadute della deroga sulle politiche pubbliche. Nel caso di specie, la Corte sottolinea come "*il fatto che le autorità competenti concedano esoneri dalle lezioni di nuoto per ragioni mediche dimostri che il loro approccio non è eccessivamente rigido*"⁶¹⁹. Una rigidità maggiore è mostrata dal Governo svizzero nella concessione di deroghe religiosamente motivate ed è giustificata da parte della Corte utilizzando l'argomento secondo cui "*l'interesse dei minori ad un'educazione completa, facilitando la loro integrazione sociale secondo gli usi e i costumi locali, prevale sul desiderio dei genitori di vedere i propri figli esonerati dalle lezioni di nuoto*"⁶²⁰. Dunque, ricordando l'argomento di Dworkin, la deroga per motivi religiosi all'obbligo di frequenza ai corsi di nuoto è

⁶¹⁶ CEDU, 10 gennaio 2017, Osmanoglu e Kocabas c. Svizzera, § 96.

⁶¹⁷ Cfr. sul punto F. Arlettaz, *Religión, libertades y Estado*, cit., pp. 51 e ss.

⁶¹⁸ R. Dworkin, *Religione senza Dio*, il Mulino, Bologna, 2014, p. 110.

⁶¹⁹ CEDU, 10 gennaio 2017, Osmanoglu e Kocabas c. Svizzera, § 96.

⁶²⁰ Ivi, § 97.

considerata ingestibile da parte delle autorità svizzere perché potenzialmente capace di inficiare la *policy* svizzera sull'istruzione obbligatoria.

Assecondando il rifiuto dell'eccezione da parte del Governo svizzero e contestando l'argomento dei ricorrenti secondo cui le figlie avrebbero potuto sostituire i corsi di nuoto offerti dalla scuola con dei corsi privati, la Corte afferma successivamente che “*la cosa importante per i ragazzi non era solamente l'esercizio fisico o imparare a nuotare – fini legittimi in sé -, ma soprattutto il fatto di imparare insieme e prendere collettivamente parte a delle attività*”⁶²¹, proponendo uno sviluppo della propria teoria sul “vivere insieme” esposta per la prima volta nel famoso caso *S.A.S. c. Francia*⁶²². In quella occasione la Corte si era soffermata sul valore del “*vivre ensemble*” al fine di creare un legame sociale che avrebbe subito un pregiudizio se fosse stata assecondata la pratica del porto del *burqa* o del *niqab*. Tale pratica, infatti, avrebbe privato i consociati della prima dimensione di conoscenza

⁶²¹ Ivi, § 100.

⁶²² CEDU, 1 luglio 2014, *S.A.S c. Francia*. In aderenza ai principi della religione musulmana, la ricorrente, di cui è sconosciuto il nome, indossava abitualmente, sia in pubblico che in privato, il *burqa* e il *niqab* – indumenti femminili che coprono rispettivamente tutto il capo della persona con una parte forata all'altezza degli occhi o che lasciano scoperti solo gli occhi – a seconda del suo umore spirituale e del suo sentimento religioso.

A seguito dell'introduzione della legge francese anti-*burqa*, la donna decide di adire la Corte di Strasburgo, pur non avendo mai subito una violazione diretta da parte del provvedimento e non rivestendo, dunque, la qualifica di “vittima”. La ricorrente, tuttavia, si ritiene “vittima potenziale” del provvedimento. Questa categoria è stata, spesso, utilizzata dalla Corte EDU per indicare quei soggetti, non ancora vittime dirette, per i quali l'appartenenza a una data categoria dà la certezza di incorrere in una sanzione e la ricorrente sostiene di rientrare in questa categoria dal momento che è caratteristica essenziale della propria religione il porto del velo. Infatti, aggiunge, come la legge n. 2010-1992 incida direttamente su di lei in quanto donna musulmana credente che si copre il volto in pubblico poiché le impone di modificare il proprio abbigliamento ogniqualvolta intenda mostrarsi in pubblico.

La Corte di Strasburgo, dopo essersi detta d'accordo con quanto asserito dalla ricorrente in merito alla non necessità di una prova del fatto che sia una musulmana praticante e del fatto che sia la sua fede ad imporle di indossare il velo, le ha riconosciuto lo status di vittima. La Corte ha, infatti, affermato che la ricorrente, come tutte le donne musulmane che risiedono in Francia e desiderano indossare il velo integrale, si trova davanti a un dilemma insuperabile: piegarsi al divieto rinunciando così a vestirsi in accordo con le scelte che le sono imposte dal suo approccio alla religione o, non rispettando il divieto, esporsi al rischio di incorrere in sanzioni.

Nella propria decisione la Corte di Strasburgo, pur riconoscendo un'ingerenza della legge francese nel diritto alla libertà riconosciuta dall'art. 9 par. 1, l'ha ritenuta ciononostante giustificata dall'esigenza di tutela della sicurezza pubblica e dal rispetto del “*socle minimal des valeurs*” di una società democratica e aperta.

Quanto alla prima esigenza, la Corte EDU ha ritenuto che il divieto di dissimulazione del volto nei luoghi pubblici risponde alla necessità di identificare i soggetti e di lottare contro le frodi d'identità a tutela della pubblica sicurezza.

Quanto alla seconda ragione, il giudice europeo, aderendo alla prospettazione governativa del “rispetto di un minimo di valori democratici”, ha accordato prevalenza al principio di uguaglianza tra uomini e donne, al diritto al rispetto della dignità della persona, nonché alle esigenze comuni del “*vivre ensemble*”.

dell'altro che avviene attraverso lo sguardo⁶²³. Nel caso *Osmanoglu*, invece, la Corte sviluppa l'argomento del vivere insieme concentrando la propria attenzione sul momento generativo del legame sociale che avviene anche attraverso l'integrazione sociale di bambini appartenenti a religioni e culture diverse i quali, abituandosi a condividere momenti costruttivi della personalità come quello dell'istruzione scolastica obbligatoria, saranno maggiormente predisposti a vivere in comune nelle fasi successive della loro vita. Questa convivenza, e la positiva esperienza che può derivare ai bambini dalla condivisione di attività comuni, avviene sotto l'egida degli "usi e costumi locali" che non sono rigidi e imm modificabili rispetto al pluralismo ma, al contrario, lo favoriscono con deroghe *soft* come, ad esempio, quella di concedere alle bambine il porto del 'burkini'⁶²⁴.

Partendo da queste premesse, la Corte conclude che: *“attribuendo prevalenza all'obbligo dei ragazzi di seguire completamente il curriculum scolastico e, dunque, alla loro integrazione, rispetto all'interesse privato dei ricorrenti nell'ottenimento di un esonero dalle lezioni di nuoto miste per le loro figlie fondato su motivi religiosi, le autorità locali non hanno ecceduto il considerevole margine di apprezzamento loro conferito nel presente caso, relativo all'istruzione obbligatoria.*

*Segue da ciò che non è ravvisabile una violazione dell'Art. 9.”*⁶²⁵

Se si guarda alla decisione dal punto di vista della teoria prescrittiva sulla laicità proposta nel terzo capitolo, la sentenza sembra ben argomentata e la decisione della Corte pare condivisibile. In termini di libertà, e con riferimento al sottostante valore

⁶²³ Suggestivo sul punto il richiamo operato da S. Trotter, *'Living Together', 'Learning Together', and 'Swimming Together'*, cit., p. 159, all' "etica del volto" di E. Lévinas, *Totalità e infinito. Saggio sull'esteriorità*, Jaka Book, Milano, 2016.

⁶²⁴ È critico rispetto alla recente costruzione teorica del 'vivere insieme' S. L. Wade, *'Living Together' or Living Apart from Religious Freedoms?*, cit., p. 434, secondo il quale "this overly broad and vague term may destroy all the work religious freedom activists have fought so hard to procure".

⁶²⁵ CEDU, 10 gennaio 2017, *Osmanoglu e Kocabas c. Svizzera*, §§ 105-106.

dell'autonomia individuale nelle scelte etiche, è difficile sostenere che il Governo svizzero non l'abbia tenuta in conto. Concedendo quella che poc'anzi si è definita una deroga *soft* ai genitori (utilizzo del burkini), le autorità locali si sono comunque attivate per valorizzare la scelta dei ricorrenti di impartire alle figlie un'educazione informata ai valori dell'Islam. Allo stesso tempo, però, le autorità governative hanno mostrato di tenere nella debita considerazione anche l'autonomia delle bambine che, formandosi scolasticamente in un ambiente che favorisce il pluralismo, potranno acquisire una maggiore consapevolezza delle proprie scelte in ambito etico. Deve notarsi, inoltre, come l'insistenza della Corte sul principio dell' 'integrazione sociale' si mostri idonea a corroborare anche quelle tesi liberali secondo cui l'uso della forza (in questo caso, l'adozione di un provvedimento da parte del legislatore) è legittimo solamente nei confronti di coloro i quali condividono l'impegno a vivere insieme in termini mutualmente accettabili⁶²⁶. Seppure, infatti, sia la stessa Corte ad ammettere che c'è stata un'interferenza con il diritto di libertà religiosa dei ricorrenti, la stessa non può che ritenersi giustificata dal momento in cui il Governo si è attivato in vari modi per rendere quell'interferenza maggiormente "accettabile".

⁶²⁶ C. Larmore, *The Autonomy of Morality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 13.

4. Diritto ad un abbigliamento religioso

4.0. Premessa. Breve introduzione sulla giurisprudenza rilevante della Corte di Strasburgo in materia di abbigliamento religioso.

La questione dell'abbigliamento religioso è sicuramente una delle più spinose tra quelle affrontate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in relazione all'art. 9. Non è ravvisabile sul tema un orientamento preciso e costante da parte dei giudici di Strasburgo, i quali hanno, ciononostante, fissato alcuni punti fermi in materia di simboli religiosi sul corpo.

Le tre sentenze fondamentali in materia sono: *Leyla Şahin c. Turchia*, *Abmet Arslan c. Turchia* e *S.A.S. c. Francia*. Non è un caso che la questione dell'abbigliamento religioso sia emersa con maggior urgenza in due Paesi che includono all'interno delle proprie costituzioni il principio espresso di laicità. Essa rappresenta, infatti, “la punta dell' iceberg di un difficile bilanciamento fra il *quantum* di laicità richiesto ad uno Stato secolare e le domande sociali di *public, state-sponsored accomodation of diversity*”⁶²⁷.

Il 26 agosto 1997 **Leyla Şahin**, cittadina turca di origine musulmana, si iscrive all'Università di Istanbul per proseguire i suoi studi di medicina. Il 23 febbraio 1998, il rettore dell'Università adotta una circolare:

“Ai sensi della Costituzione, della legge, dei regolamenti, e conformemente alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, della Commissione europea dei Diritti dell'Uomo ed alle decisioni adottate dai comitati amministrativi delle università, le studentesse che hanno "la testa coperta" (che porta il foulard islamico) e gli studenti che portano la barba (compresi gli studenti stranieri) non devono essere accettati ai corsi, tirocini ed esercitazioni. Di conseguenza, il nome ed il numero di matricola delle

⁶²⁷ A. Madera – N. Marchei, *Simboli religiosi «sul corpo» e ordine pubblico nel sistema giuridico turco: la sentenza «Abmet Arslan e altri c. Turchia» e i confini del principio di laicità*, in R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, cit., pp. 117- 145, p. 117.

studentesse che indossano il foulard islamico o degli studenti barbuti non devono essere inseriti negli elenchi di censimento degli studenti. Tuttavia, se gli studenti il cui nome ed il numero di matricola non appaiono su quest'elenchi insistono per assistere alle esercitazioni ed entrare nelle sale di corso, occorre informarli della situazione e se non vogliono uscire, occorre rilevare i loro nomi e numeri di matricola ed informarli che non possono assistere ai corsi. Se persistono a non volere uscire dalle aule dei corsi, l'insegnante redige un verbale che constata la situazione e la sua impossibilità di tenere il corso ed egli porta così urgentemente la situazione alla conoscenza delle autorità dell'università per la sanzione.”

La studentessa si vede negare l'accesso alle prove scritte di oncologia e di sanità pubblica e l'iscrizione al corso di traumatologia in quanto indossa il velo islamico negli edifici dell'università. Inoltre, viene avviata una procedura disciplinare nei suoi confronti, conclusasi con la sospensione per un semestre. Beneficia tuttavia di un'amnistia legislativa. Successivamente la studentessa si dirige a Vienna per proseguire i propri studi universitari. Esauriti i ricorsi interni, la questione è sottoposta all'attenzione della Corte EDU, prima in composizione semplice poi alla *Grand Chambre*. La prima decisione⁶²⁸, pur ravvisando un'ingerenza nell'esercizio del diritto a manifestare la propria credenza religiosa, ritiene tale ingerenza giustificata in linea di principio e proporzionata agli scopi perseguiti: dunque, “necessaria in una società democratica”. La decisione della *Grande Chambre* è, invece, di tono decisamente diverso, sebbene conforme nel ritenere non violato l'art. 9⁶²⁹. La Corte, ricordando come la libertà di pensiero, coscienza e religione costituisca una delle basi democratiche ai sensi della Convenzione, ritiene che lo Stato non possa limitare la libertà di manifestare la propria fede in pubblico. Pur rilevando come talvolta sia necessario subordinare gli interessi individuali a quelli collettivi, la Corte nega che la democrazia possa configurarsi come una continua prevalenza dell'opinione di una

⁶²⁸ CEDU, 29 giugno 2004, *Leyla Sabın c. Turchia*.

⁶²⁹ CEDU, Grand Chambre, 10 novembre 2005, *Leyla Sabın c. Turchia*.

maggioranza. Inoltre, pur ammettendo un margine di discrezionalità agli Stati, la Corte ricorda come sia suo compito verificare che i provvedimenti restrittivi della libertà religiosa siano giustificati e proporzionati. E in questo caso, la Corte li ritiene tali: giustificati nel loro principio e proporzionati all'obiettivo di garantire l'ordine dell'università, obiettivo meglio valutabile dallo Stato che dalla Corte.

Nel caso *Leyla Sabin* i giudici di Strasburgo compiono quello che Toscano definisce un “sillogismo transitivo avente ad oggetto il principio di laicità”, concentrandosi maggiormente sul principio di laicità nel sistema turco che sulla compatibilità del divieto di indossare il velo con la Convenzione⁶³⁰. Il sillogismo si articola in 3 *step*: 1) il divieto di indossare il velo trova ragione nel principio di laicità proclamato dalla Costituzione turca; 2) il principio di laicità turco è compatibile con i valori della Convenzione; 3) il divieto di indossare il velo è compatibile con i valori della Convenzione⁶³¹. Attraverso tale decisione, la Corte: a) attenua il rigore dei limiti all'esercizio della libertà religiosa previsti dall'art. 9.2., facendo leva sulla clausola di chiusura dei “diritti e libertà altrui” che possono includere valutazioni sulla democraticità della misura adottata dallo Stato; b) si mostra disposta ad ammettere una pluralità di concezioni sulla regolamentazione del fenomeno religioso in ambito pubblico, concedendo in merito un ampio margine di apprezzamento; c) consolida l'idea che il velo costituisca un “segno esteriore forte”⁶³². Il precipitato di questa decisione è che “la libertà di indossare un simbolo religioso forte (*e.g.* il velo islamico) in un contesto istituzionale (*e.g.* l'università pubblica) può subire quelle compressioni che lo Stato, nell'esercizio della propria ampia discrezionalità in questa materia, ritenga necessarie e garantire (per mezzo

⁶³⁰ M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 221.

⁶³¹ *Ivi*, p. 222.

⁶³² *Ibidem*.

della neutralità dello spazio pubblico), la convivenza pacifica e il rispetto reciproco”⁶³³. Non bisogna dimenticare, rispetto a queste conclusioni, che la Corte ha dato forte rilevanza al *contesto istituzionale* come elemento decisivo nell’ipotizzare una compromissione dello Stato con determinati valori religiosi, come dimostra anche il ragionamento dei giudici di Strasburgo nella successiva sentenza *Ahmet Arslan e altri c. Turchia*⁶³⁴.

Nel 1986 alcuni fedeli della comunità religiosa di ispirazione islamica Aczimendi, guidata da Muslim Gunduz, si riuniscono ad Ankara per una cerimonia religiosa, vestendo in luoghi pubblici la caratteristica tunica nera e il copricapo. Vengono fermati, arrestati e processati per aver violato le norme antiterrorismo che interdicono, fra l’altro, la costituzione di organizzazioni a carattere fondamentalista. Pur essendo assolti da questa accusa, sono tutti condannati per violazione della legge che prevede il divieto di indossare determinati abiti religiosi in luoghi pubblici, anche in considerazione della circostanza del rifiuto, da parte di alcuni di essi, di dismettere l’abbigliamento religiosamente caratterizzato in occasione della loro presentazione in tribunale. La questione giunge dinanzi alla Corte di Strasburgo. Il governo sostiene che la condotta dei fedeli costituisca una mancanza di rispetto verso la corte, nonché un’indebita forma di provocazione, di proselitismo e di propaganda, che mina i diritti e le libertà altrui, l’ordine e la sicurezza pubblici. Al contrario, i fedeli ricollegano l’utilizzo dei caratteristici abiti alla loro libertà religiosa. La Corte ritiene in questo caso violato l’art. 9 in quanto il gruppo religioso si dirigeva a una cerimonia religiosa in moschea, atto che si per sé non suppone un’alterazione dell’ordine pubblico né viola diritti di altri cittadini. Dunque, nell’ottica dei

⁶³³ Ivi, p. 223. Sulla sentenza *Leyla Sabın c. Turchia* v. ampiamente L. De Gregorio – M. Rodríguez Blanco, *Fede, identità religiosa e formazione universitaria nel caso «Leyla Sabın c. Turchia»* in R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, cit., pp. 259 – 292.

⁶³⁴ CEDU, 23 febbraio 2010, *Ahmet Arslan e altri c. Turchia*.

giudici europei, non è nel caso dimostrata in maniera convincente la necessità di restringere un diritto fondamentale come quello alla manifestazione delle proprie convinzioni, tramite il porto di abiti religiosamente contraddistinti.

Nella sentenza *Arslan*, la Corte allenta il legaccio tra laicità e porto dei simboli religiosi, attribuendo estrema importanza al fatto che l'abbigliamento religioso fosse ostentato in un contesto extra-istituzionale. In tale contesto non è dimostrato che lo Stato propenda per un determinato orientamento in ambito religioso, considerazione che i giudici di Strasburgo utilizzano per restringere il margine di apprezzamento statale e riallargare la tutela dei diritti individuali⁶³⁵.

Il *leading case* in materia di abbigliamento religioso è, però, il caso *S.A.S. c. Francia* che si analizzerà adesso nel dettaglio.

4.1. Analisi e valutazione del caso CEDU, 1 luglio 2014, S.A.S c. Francia.

4.1.a. Fatto

In aderenza ai principi della religione musulmana, la ricorrente, di cui è sconosciuto il nome, indossa abitualmente, sia in pubblico che in privato, il burqa e il niqab – indumenti femminili che coprono rispettivamente tutto il capo della persona con una parte forata all'altezza degli occhi o che lasciano scoperti solo gli occhi – a seconda del suo umore spirituale e del suo sentimento religioso.

⁶³⁵ M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 224. Sulla sentenza *Abmet Arslan e altri c. Turchia* v. ampiamente il già citato saggio di A. Madera – N. Marchei, *Simboli religiosi «sul corpo» e ordine pubblico nel sistema giuridico turco*.

A seguito dell'introduzione della legge francese anti-burqa, la donna decide di adire la Corte di Strasburgo, pur non avendo mai subito una violazione diretta da parte del provvedimento e non rivestendo, dunque, la qualifica di "vittima". La ricorrente, tuttavia, si ritiene "vittima potenziale" del provvedimento. Questa categoria è stata, spesso, utilizzata dalla Corte EDU per indicare quei soggetti, non ancora vittime dirette, per i quali l'appartenenza a una data categoria dà la certezza di incorrere in una sanzione e la ricorrente sostiene di rientrare in questa categoria dal momento che è caratteristica essenziale della propria religione il porto del velo. Infatti, aggiunge, come le legge n. 2010-1992 incida direttamente su di lei in quanto donna musulmana credente che si copre il volto in pubblico poiché le impone di modificare il proprio abbigliamento ogniqualvolta intende mostrarsi in pubblico.

La Corte di Strasburgo, dopo essersi detta d'accordo con quanto asserito dalla ricorrente in merito alla non necessità di una prova del fatto che sia una musulmana praticante e del fatto che sia la sua fede ad imporle di indossare il velo, le ha riconosciuto lo *status* di vittima. La Corte ha, infatti, affermato che la ricorrente, come tutte le donne musulmane che risiedono in Francia e desiderano indossare il velo integrale, si trova davanti a un dilemma insuperabile: piegarsi al divieto rinunciando così a vestirsi in accordo con le scelte che le sono imposte dal suo approccio alla religione o, non rispettando il divieto, esporsi al rischio di incorrere in sanzioni.

4.1.b. Quadro normativo.

Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Art. 9: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come

la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalle legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”

Diritto interno.

- **Legge n. 2010-1992 dell' 11 ottobre 2010. Paragrafo 1:** “Nessuno può indossare, in luoghi pubblici, un abbigliamento idoneo a nascondere il viso.”
Paragrafo 2: “I. Ai fini del Paragrafo 1 del presente provvedimento, l'espressione “luoghi pubblici” comprende la pubblica via ed ogni luogo aperto al pubblico od assegnato al pubblico servizio.
II. Il divieto previsto nel primo Paragrafo del presente provvedimento non si applica se l'abbigliamento è prescritto od autorizzato dalla legislazione primaria e secondaria, se è giustificato per motivi di salute o lavoro, o se è indossato in contesti sportivi, di festività o di eventi artistici o tradizionali.”
Paragrafo 3: “Ogni violazione del divieto sancito nel primo Paragrafo del presente provvedimento è punito con una multa, secondo la percentuale prevista per le contravvenzioni meno gravi. [minimo 150 euro]
In aggiunta o al posto del pagamento della multa può essere imposto l'obbligo di frequenza ad un corso di cittadinanza, come previsto al paragrafo 8 dell' Articolo 131-16 del Codice Penale.”
- **Codice penale. Art. 225-4-10:** “Ogni persona che costringe una o più persone a nascondere il proprio viso, attraverso minaccia, costrizione, abuso d'autorità o d'ufficio, per questioni di genere, sarà punito con la reclusione di un anno ed una multa di 30.000 euro.

Quando il reato è commesso nei confronti di un minore, la pena è aumentata a due anni di reclusione ed una multa di 60.000 euro.”

4.1.c. Argomenti delle parti

-Governo francese. Il Governo francese, pur evidenziando come la legge anti-burqa possa in effetti produrre una limitazione del diritto alla libertà religiosa così come previsto dall'art. 9, ritiene tale limitazione giustificata dal perseguimento di scopi legittimi e necessaria in una società democratica per il perseguimento di tali fini. Questi gli argomenti utilizzati dal Governo:

Il Governo sostiene che il provvedimento sia indirizzato, in primo luogo, a preservare la “sicurezza pubblica”, soddisfacendo l'esigenza di identificare tutti per evitare qualsiasi pericolo alle persone e alla proprietà, nonché per combattere il furto d'identità; in secondo luogo, il provvedimento è indirizzato a “proteggere i diritti e le libertà altrui” attraverso il rispetto del set minimo di valori che caratterizzano una società aperta e democratica. Il Governo elenca tre valori specifici a riguardo:

i) Argomento del “vivre ensemble”. Secondo il Governo *“il viso gioca un ruolo significativo nell'interazione umana: più di ogni altra parte del corpo, il viso esprime l'esistenza dell'individuo come persona unica e riflette l'umanità di ognuno condivisa con l'interlocutore[...]. L'effetto di nascondere la faccia di qualcuno in pubblico è quello della rottura dei legami sociali e manifesta il rifiuto del principio del «vivre ensemble»”*⁶³⁶.

ii) Argomento dell'eguaglianza. Ad avviso del Governo, il divieto ha lo scopo di *“proteggere l'eguaglianza tra uomo e donna”* perché non è accettabile che le donne musulmane, semplicemente per il fatto di essere donne, debbano

⁶³⁶ CEDU, 1 luglio 2014, *S.A.S c. Francia*, § 82.

nascondere il proprio viso in pubblico, vedendosi negato il “*diritto di esistere come individui*” e potendo esprimere la loro individualità solamente negli spazi familiari o in luoghi riservati alle donne⁶³⁷.

iii) Argomento della dignità. Il divieto riposa anche sul rispetto della dignità umana, dal momento che le donne che indossano il velo integrale sono “*cancellate*” dallo spazio pubblico. Secondo il Governo, a prescindere dal fatto che tale “cancellazione” sia desiderata o sofferta, essa presenta caratteristiche “de-umanizzanti” e difficilmente compatibili con la dignità umana.

-Ricorrente. La ricorrente è nata in Pakistan e appartiene ad una famiglia di religione sunnita nella quale è consueto e rispettoso per le donne indossare il velo integrale in pubblico. Di conseguenza, la legge dell’11 ottobre 2010 comporta un’interferenza evidente nel proprio diritto alla libertà religiosa così come sancito dall’art. 9 CEDU. L’interferenza, pur essendo “stabilita dalla legge”, non persegue nessuno dei fini legittimi previsti dal secondo paragrafo dell’art. 9, né tantomeno è necessario in una “società democratica”. Questi gli argomenti utilizzati dalla ricorrente:

1) Il provvedimento contestato non persegue il fine legittimo della “pubblica sicurezza”, perché non limita l’efficacia del divieto a luoghi sensibili (come gli aeroporti, ad esempio) ma la estende a tutti i luoghi pubblici⁶³⁸.

⁶³⁷ Ibidem.

⁶³⁸ Pur non trattando nello specifico la questione del velo, è molto interessante sul punto il saggio di M. Barberis, *Liberté, égalité, sécurité. Gli equivoci della guerra al terrore*, in «il Mulino», 4/2016, pp. 565 – 577 la cui tesi di fondo è così riassumibile attraverso le parole dell’A.: “Molte misure limitative della libertà adottate dai governi non servono affatto ad aumentare la nostra sicurezza. Servono, quando servono, ad altri due obiettivi. Il primo, naturalmente, è rassicurare l’opinione pubblica lanciando messaggi di fermezza. [...] Il secondo obiettivo non è così chiaro. [...] Le misure securitarie, quali che siano, attribuiscono comunque ai governi nuove risorse e nuovi poteri, ulteriori a quelli accumulati durante le guerre mondiali del Novecento.”

2) Quanto all'argomento governativo secondo cui il provvedimento è motivato dal fine legittimo di rispettare un livello minimo di vita sociale, perché l'esposizione visiva reciproca è fondamentale in Francia, la ricorrente sostiene che il Governo non tenga nella dovuta considerazione le pratiche culturali delle minoranze, le quali non devono necessariamente condividere questa filosofia o potrebbero attribuire maggior rilievo ad altre forme di comunicazione. La ricorrente fa leva sul classico **argomento multiculturalista**⁶³⁹ che, nel caso di specie, contesta il modello dell'assimilazionismo radicale francese. La società multiculturale, come ricorda Giorgio Pino, è “una società in cui sono presenti diverse «culture» differenti, o meglio individui che si riconoscono in culture differenti”⁶⁴⁰. Davanti ad un'istanza culturale specifica, il modello assimilazionista francese non richiede semplicemente un “adattamento” ai valori del Paese ma si spinge a richiedere un’ “integrazione etico-culturale” che modifichi sostanzialmente le culture e le pratiche dell'istante⁶⁴¹. Il problema, tuttavia, è che dietro la richiesta di rispetto di una pratica come quella del porto del velo non vi è solamente l'esigenza di preservazione dell'identità culturale dell'istante ma anche, e soprattutto, la messa in discussione, da parte di quella stessa pratica, dei valori liberali dello Stato di diritto costituzionale⁶⁴². Il rompicapo del rapporto tra liberalismo costituzionale e multiculturalismo può, allora, essere risolto in tre modi: 1) sostenendo una piena compatibilità tra liberalismo e

⁶³⁹ Una buona sintesi del dibattito multiculturalista è contenuta in D. Melidoro, *Multiculturalismo. Una piccola introduzione*, LUISS University Press, Roma, 2015, nonché in F. Arlettaz, *Religión, libertades y Estado*, cit., pp. 45 – 56. In maniera più approfondita v. ID., *Dos modelos frente a la diversidad cultural: igualitarismo formal y ciudadanía diferenciada*, in «Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales», a. LIX, n. 221, maggio-agosto 2014, pp. 201 – 224. Più specificamente sui rapporti tra laicità e multiculturalismo v. D. Gutiérrez-Martínez, *Laicidad y Multiculturalismo*, Colección de Cuadernos “Jorge Carpizo”, Para entender y pensar la laicidad, Núm. 19, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013.

⁶⁴⁰ G. Pino, *Libertà religiosa e società multiculturale*, in T. Mazzaresse (a cura di), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 157 – 188, p. 158.

⁶⁴¹ J. Habermas, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in ID. – C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 2008, pp. 63 – 110.

⁶⁴² Cfr. sul punto G. Azzariti, *Multiculturalismo e costituzione*, in «Politica del diritto», a. XLVII, n. 1-2, marzo-giugno 2016, pp. 3 – 14.

accomodamento della diversità culturale; 2) sostenendo che il multiculturalismo va necessariamente al di là dei principi liberali tradizionali; 3) sostenendo che il valore della tolleranza liberale non è compatibile con il riconoscimento della diversità culturale all'interno dello Stato liberale⁶⁴³. Quest'ultima sembra essere la posizione assunta, e contestata da parte della ricorrente, del Governo francese.

3) La ricorrente ritiene “*simplicistico*” l'argomento governativo secondo cui il porto del velo integrale è incompatibile con il principio dell'eguaglianza di genere. Tale argomento, infatti, ignora un'affermata posizione femminista secondo cui, al contrario, il porto del velo denoterebbe l'emancipazione della donna, la sua auto-affermazione e la sua partecipazione sociale; il velo non è, secondo questa tesi, un simbolo di sottomissione all'uomo ma una pratica di soddisfazione personale e della propria coscienza. Non potendo addentrarmi, per ragioni di spazio, nelle impervie traiettorie della questione femminista e del suo legame con la questione del velo, riprendo le efficaci parole di Silvio Ferrari sul punto:

“Fermo restando che in ogni caso il velo deve essere una scelta libera e consapevole della donna che lo indossa e che ogni forma di imposizione deve essere respinta, la questione può essere affrontata in due modi: facendone una battaglia di civiltà, come è avvenuto in Francia, ed interpretando la questione del velo come uno scontro tra due sistemi culturali incompatibili perché fondati su due visioni differenti dei diritti della donna; oppure, come è accaduto in altri paesi, identificando i luoghi, tempi ed attività che richiedono di vedere il volto di una persona e proibendo di coprirsi il viso in relazione ad essi ma non ad altri in cui questa esigenza non si pone. La seconda

⁶⁴³ D. Melidoro, *Multiculturalismo*, cit., p. 25.

soluzione sembra essere più adeguata a salvaguardare gli interessi della collettività senza sacrificare la libertà religiosa della donna.”⁶⁴⁴

La tesi di Ferrari stabilisce, a mio modo di vedere, una gerarchia tra le ragioni 1 e 3 utilizzate dalla ricorrente, argomentando in favore di una prevalenza della prima che rappresenta un *medium* tra l'esigenza di sicurezza sottesa al divieto e la libertà religiosa della donna musulmana. Così facendo, inoltre, Ferrari conferma la validità di un modello basato sull' "eccezione", sostenendo difatti la compatibilità tra liberalismo e accomodamento ragionevole delle diversità culturali.

4) Quanto alla necessità della misura in una società democratica, la ricorrente sostiene che una società veramente libera è quella che accetta “*un ampio numero di credi, gusti, preferenze, costumi e codici di condotta, e non rientra nelle competenze dello Stato la determinazione della validità dei credi religiosi*”⁶⁴⁵. La ricorrente utilizza, così facendo, a proprio vantaggio l'**argomento della neutralità**. Imponendo un divieto generale di porto del velo integrale, il Governo francese sta violando il principio di neutralità nella misura in cui accanto alla ragione della sicurezza pubblica, generalmente accettabile con le dovute accortezze (ad esempio, una limitazione del divieto a determinate aree “sensibili”), utilizza una ragione “etica” stigmatizzando una determinata visione del bene, quella musulmana. Così facendo, nell'ottica della ricorrente, il Governo francese viola quella che Del Bò definisce “neutralità della giustificazione” ovvero una “richiesta affinché lo Stato giustifichi la propria azione indipendentemente dalla supposta superiorità di una dottrina comprensiva

⁶⁴⁴ S. Ferrari, *La libertà religiosa nell'epoca della diversità*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», n.1, aprile 2018, pp. 283 – 293, p. 291. Da notare come il Consiglio costituzionale francese escluda la rilevanza dell'argomento dell'autonomia; anche se frutto di una scelta autonoma le donne velate si troverebbero in una oggettiva “situazione di esclusione ed inferiorità che è chiaramente incompatibile con i principi costituzionali di libertà ed eguaglianza” (Conseil constitutionnel, Decisione n. 2010-613, 7 ottobre 2010).

⁶⁴⁵ CEDU, 1 luglio 2014, *S.A.S c. Francia*, § 78.

o di una concezione del bene”, utilizzando “ragioni, valori, principi, dati di fatto che, nel quadro di un test di accettabilità in qualche modo definito, ci si può ragionevolmente aspettare che tutti condividano”⁶⁴⁶. La ricorrente sottolinea come il provvedimento adottato dal legislatore francese non è affatto neutrale dal punto di vista della sua giustificazione, facendo anzi prevalere, nel bilanciamento tra gli interessi contrapposti di chi disapprova l'utilizzo del velo e le donne musulmane costrette ad una “scelta tragica”, i primi rispetto ai secondi.

5) Infine, il divieto francese è idoneo, secondo la ricorrente, ad integrare una violazione dell'art. 14 CEDU. Esso genera una **discriminazione indiretta** tra le donne musulmane e le altre donne, tra le donne musulmane che praticano il porto del velo integrale e quelle che non lo praticano, tra le donne e gli uomini musulmani. Anche l'eccezione prevista dalla legge anti-burqa secondo la quale il divieto non si applica in occasione di festività religiose favorisce la religione cattolica e non quella musulmana: durante il ramadan, ad esempio, permarrebbe il divieto di indossare il burqa sulla pubblica via.

-Ragionamento della Corte. Il problema che fa sorgere la necessità argomentativa (P) è il seguente: “il divieto di porto del velo integrale viola la libertà religiosa delle donne musulmane, così come essa è sancita nell'art. 9 CEDU?”

La prima constatazione della Corte è la seguente: *“la legge dell'11 ottobre 2010 pone la ricorrente davanti ad un dilemma[...]: o rispetta il divieto e, dunque, si astiene dal vestirsi secondo la*

⁶⁴⁶ C. Del Bò, *La neutralità necessaria*, cit., p. 71.

*propria religione; o rifiuta di rispettare il divieto e affronta il rischio di una sanzione penale*⁶⁴⁷. La Corte fa riferimento al **conflitto pratico** che si genera nel momento in cui due autorità differenti, l'una religiosa e l'altra giuridica, forniscono al soggetto indicazioni differenti su come comportarsi in una determinata circostanza⁶⁴⁸. Lorenzo Zucca ha sottolineato come, in casi come quello che sto qui analizzando, sono state adottate generalmente due strategie fondamentali di risoluzione del conflitto. La prima strategia diversifica gli scopi del Diritto e della religione, distinguendo tra sfera pubblica e sfera privata; mentre il Diritto governa la sfera pubblica, la religione governa solo ed esclusivamente la sfera privata del credente⁶⁴⁹. Tale strategia ha, secondo Zucca, il difetto della semplificazione eccessiva poiché vi sono determinati comportamenti richiesti dalla religione al credente che non possono essere attuati se non nella sfera pubblica⁶⁵⁰. La seconda strategia consiste nel valutare accuratamente il rigore dell'obbligo legale e religioso. Tale strategia "requires from adjudicator a difficult evaluation of the importance of obligations within constitutional frameworks". Il giudice, in particolare, deve mostrarsi capace nel distinguere quelle situazioni in cui la norma legale è "fondamentale" e, dunque, le minoranze religiose devono cedere alla stessa, e quelle situazioni in cui la norma può aprirsi a deroghe fondate su motivi religiosi⁶⁵¹. Pur edotta del conflitto pratico che il caso in commento solleva per molte donne musulmane, la Corte non sembra adottare la seconda strategia indicata da Zucca rispetto allo stesso, limitandosi a ribadire in maniera

⁶⁴⁷ CEDU, 1 luglio 2014, *S.A.S c. Francia*, § 110.

⁶⁴⁸ Cfr. sul punto L. Zucca, *Law v. Religion*, in ID., *A Secular Europe*, cit., pp. 45 – 64. Sui "dilemmi" o "casi tragici" nel Diritto v. diffusamente: L. Zucca, *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford University Press, Oxford, 2007; M. Atienza, *I limiti dell'interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici*, in «Ars Interpretandi», 1/1999, pp. 293 – 320; ID., *Sobre lo razonable en el derecho*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», 27/1989, pp. 93 – 110; D. Canale, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Laterza, Roma-Bari, 2018. Un buon resoconto della questione è offerto da V. Nitrato Izzo, *Il giudice di fronte ai casi tragici*, in U. Pomarici (ed.), *Il diritto come prassi. I diritti fondamentali nello stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, pp. 163 – 186.

⁶⁴⁹ L. Zucca, *Law v. Religion*, cit., p. 46.

⁶⁵⁰ Ivi, p. 47.

⁶⁵¹ Ibidem.

sommessa la dilemmaticità. Secondo i giudici, “*non vi è dubbio che il divieto abbia un impatto significativamente negativo sulla situazione delle donne che hanno scelto autonomamente di indossare il velo per ragioni legate alle proprie credenze religiose*” e il dilemma cui le si sottopone può avere l’effetto “*di isolarle e restringere la loro autonomia, così come di compromettere l’esercizio del diritto di manifestare la propria religione[...]*”⁶⁵². Il dilemma delle donne musulmane diventa dilemma dei giudici che riconoscono nella scelta che dovranno compiere un esito pesantemente afflittivo dal quale non si può, tuttavia, sfuggire. Se si guarda, infatti, alle opinioni separate dei giudici Nussberger e Jäderblom, la natura dilemmatica del giudizio è ancora più evidente: sebbene gli stessi dichiarino di aderire alla decisione dei colleghi che, come vedremo, giustifica il divieto, non possono fare a meno di rimarcare in maniera netta come “*non ci si può attendere dalla misura restrittiva che essa abbia l’effetto di liberare le donne presuntivamente oppresse, ma escluderà ulteriormente le stesse ed aggraverà la loro situazione*”⁶⁵³.

Il cammino intrapreso dalla Corte, che si apre con la constatazione dell’esistenza di un dilemma, prosegue con l’incanalamento dello stesso negli argini dell’art. 9.2.. Non essendovi grossi dubbi sul fatto che il divieto sia stabilito dalla legge, la Corte si sofferma succintamente sulla natura delle finalità perseguite dal provvedimento.

Quanto al rispetto della “sicurezza pubblica”, la Corte ritiene che il Governo, attraverso l’allegazione dei *memorandum* che hanno accompagnato l’adozione del provvedimento abbia sufficientemente giustificato il perseguimento di tale finalità.

⁶⁵² CEDU, 1 luglio 2014, *S.A.S c. Francia*, § 146.

⁶⁵³ CEDU, 1 luglio 2014, *S.A.S c. Francia*, opinione parzialmente dissenziente dei giudici Nussberger e Jäderblom, § 21.

Molto più articolato è il ragionamento dei giudici con riferimento alla seconda finalità perseguita dal divieto anti-burqa, ossia il “rispetto del set minimo di valori di una società aperta e democratica” che, come visto in precedenza, il governo costruisce a partire da tre valori: eguaglianza tra uomo e donna, rispetto della dignità umana e rispetto delle esigenze minime di convivenza sociale. La Corte rileva come nessuno dei tre valori menzionati dal Governo corrisponda ad uno dei limiti espressi previsti dall’art. 9.2. a meno che non li si ricomprenda nella “protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

Rispetto all’ argomento dell’eguaglianza tra uomo e donna la Corte è perentoria nell’affermare che nessuno uno Stato “*non può invocare l’eguaglianza di genere al fine di proibire una pratica che è difesa dalle donne*”⁶⁵⁴. I giudici, in sostanza, rifiutano l’adozione da parte degli Stati aderenti dell’**argomento paternalista**⁶⁵⁵ sulla questione del velo, che si riduce il più delle volte in un argomento di tipo retorico che utilizza il linguaggio femminista per difendere l’eguaglianza di genere⁶⁵⁶. Se si guarda, infatti, alla correttezza materiale dell’argomento secondo cui il velo rappresenterebbe un simbolo di oppressione e sottomissione delle donne, non può che condividersi la posizione della ricorrente secondo cui lo stesso sarebbe “semplicistico”. Ridurre il velo islamico a simbolo della subalternità della donna rispetto all’uomo significa non solo sminuire il senso della cultura islamica ma

⁶⁵⁴ CEDU, 1 luglio 2014, *S.A.S c. Francia*, § 119.

⁶⁵⁵ Come spiega M. Alemany, *Democracia versus Constitución (¿Precompromiso o paternalismo?)*, in «Anuario de Filosofía del Derecho», nueva época, t. XXVI., pp. 59 – 84, p. 62: “Por «argumento paternalista» voy a entender un argumento práctico, cuya conclusión es la imposición de una medida política, jurídica, sanitaria, etc., a un individuo, grupo, comunidad, etc. (en adelante, me referiré a quien se le impone la medida como *sujeto B*), la cual se presenta como necesaria para (I) evitar daños a *B*, dada (II) la constatación de un déficit de comprensión o voluntad en el sujeto *B* [...]. Ordenado como una secuencia de premisas y conclusión, el argumento podría presentarse de la siguiente manera:

- I. *Q* constituye el objeto de un deseo, un interés o una necesidad de *B*.
- II. *X* es una medida idónea y necesaria para conseguir garantizar o promover *Q* para *B*.
- III. *B* muestra un déficit de comprensión y/o voluntad sobre la necesidad de *X*.
- IV. Es permisible (u obligatorio) imponer a *B* la medida *X*.”

⁶⁵⁶ S. Mancini, *Patriarchy as the exclusive domain of the other: The veil controversy, false projection and cultural racism*, in «International Journal of Constitutional Law [ICON]», 2/2012, pp. 411 – 428, p. 415.

anche, e soprattutto, mostrare una scarsa sensibilità verso le dinamiche dell'immigrazione e dell'integrazione di donne che spesso puntano a ribadire la propria identità, e dunque anche la loro femminilità, attraverso il porto di tale indumento⁶⁵⁷. La giustificazione del provvedimento adottato dal Governo francese non può, dunque, basarsi su di un argomento paternalistico che sfrutta in maniera strumentale il concetto di libertà positiva⁶⁵⁸ che, come si ricordava nel terzo capitolo, rispetto alla libertà negativa si esercita in "condizioni di interdipendenza", cioè di potenziale incidenza sulle libertà altrui⁶⁵⁹. Davanti al rischio a) che l'individuo non sia capace di autogovernarsi perché non comprende il significato della propria azione, e b) che l'individuo possa incidere negativamente sulla libertà altrui, lo Stato, come avviene secondo la prospettiva governativa, assume un la veste di "istituzione emancipatoria"⁶⁶⁰ nei confronti di gruppi e individui che presentano istanze culturali potenzialmente dannose per il "legame sociale".

La Corte assume un atteggiamento simile anche rispetto all'argomento della dignità utilizzato dal Governo. I giudici, infatti, non possono fare a meno di notare che *"nonostante sia fondamentale, il rispetto della dignità umana non può legittimamente giustificare un divieto assoluto sul porto del velo integrale in luoghi pubblici"*⁶⁶¹. Il contro-argomento della Corte sul punto è molto articolato.

Innanzitutto, i giudici evidenziano come la pratica del porto del velo integrale possa essere percepita come "strana" da parte di molti osservatori, sebbene essa sia *"espressione di un'identità culturale che contribuisce al pluralismo intrinseco di una società"*

⁶⁵⁷ Ivi, p. 419.

⁶⁵⁸ C. Laborde, *State paternalism and religious dress code*, in International Journal of Constitutional Law [ICON], 2/2012, pp. 398 – 410, p. 399.

⁶⁵⁹ L. Hierro, *Los derechos humanos, Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 163 - 164. Sulla distinzione tra libertà negativa e positiva v. *supra* cap. 3, par. 3.1.1.

⁶⁶⁰ C. Laborde, *State paternalism and religious dress code*, cit., p. 399.

⁶⁶¹ CEDU, 1 luglio 2014, *S.A.S c. Francia*, § 120.

*democratica*⁶⁶². Contestando l'argomento governativo della dignità attraverso questo sub-argomento, la Corte contesta (e, dunque, mostra il proprio disaccordo con) la stessa concezione di dignità sostenuta dal Governo francese. Alla concezione formalistica e stilizzata appoggiata da quest'ultimo, i giudici contrappongono una concezione della dignità "concreta", calata nella realtà sociale nelle odierne società pluralistiche. In tali contesti, utilizzare l'argomento della dignità nella forma del "bianco e nero" finisce per ignorare le "zone grigie" della dignità "che da ontologica si fa dunque immediatamente storica, sociale e culturale, andando così a testimoniare la propria comune e singolare «modalità» culturale di declinazione, significazione dell'umano"⁶⁶³.

L'impostazione in questi termini da parte della Corte è confermata quando la stessa nota sul punto "*la variabilità delle nozioni di virtuosità e decenza che sono applicate alle parti scoperte del corpo umano*"⁶⁶⁴, analizzando nel dettaglio la declinazione della dignità intorno alla quale si discute nel caso di specie. Se rispetto al divieto anti-burqa ciò che viene in rilievo del concetto di dignità è una nozione contestata di virtuosità e decenza, la Corte sceglie la via più semplice di constatare una variabilità – interpretativa, s'intende – dei due termini che non consente né ai giudici né al governo di esprimere un giudizio fondandolo sugli stessi. Chiaramente, con uno sforzo interpretativo maggiore la Corte avrebbe potuto sviluppare una definizione più articolata delle nozioni contestate, ma la volontà di non definire tali nozioni deriva anche, e soprattutto, dal fatto che le istanze culturali delle società pluralistiche rischierebbero di rimanere eccessivamente ingessate in tali definizioni.

L'ultimo sub-argomento utilizzato dalla Corte per contestare l'argomento della dignità del Governo è quello secondo cui "*non c'è alcuna evidenza capace di condurre alla*

⁶⁶² Ibidem.

⁶⁶³ P. F. Savona, "*Sulla dignità violata*". Per un'etica del concreto, in A. Abignente – F. Scamardella (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 37 – 57, p. 38.

⁶⁶⁴ CEDU, 1 luglio 2014, *S.A.S c. Francia*, § 120.

*considerazione che le donne che indossano il velo integrale cerchino di esprimere una forma di disprezzo nei confronti di coloro che incontrano o di offesa della dignità altrui*⁶⁶⁵. In sostanza, la Corte considera che il porto del velo integrale non è direttamente collegabile né a una forma di disprezzo nei confronti di chi non lo indossa (il che sconfesserebbe anche quella duttilità della nozione di virtuosità e decenza sostenuta in precedenza), né una volontà di offesa nei confronti della dignità dell'altro che è semplicemente portatore di un bagaglio culturale e valoriale differente.

Quanto, invece, all' argomento del “vivre ensemble”, la Corte dimostra sin da subito di volerlo accogliere nella forma in cui lo stesso è presentato dal Governo, ponendolo a fondamento della decisione finale. In via preliminare, i giudici sottolineano come l'argomento del “vivere insieme” possa essere riconnesso agevolmente al fine legittimo della “protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

Nel merito, la Corte accoglie la tesi governativa secondo cui *“il viso svolge un ruolo importante nell'interazione sociale”* che, privata dell'elemento fondamentale del “guardarsi in faccia”, è impedita nello svolgimento del proprio ruolo costruttivo di relazioni interpersonali aperte⁶⁶⁶. La violazione del diritto altrui consiste, secondo la Corte, nel non consentire agli *“altri di vivere in uno spazio di socializzazione che rende la convivenza più semplice”*⁶⁶⁷, ma dal momento che la nozione di “vivere insieme” è vaga e dunque passibile di abusi da parte degli Stati, i giudici di Strasburgo ritengono di doverne vagliare con maggior accortezza il contenuto, verificando se l'interferenza del Governo francese,

⁶⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶⁶ Ivi, § 122.

⁶⁶⁷ Ibidem.

basata sulla finalità legittima della “protezione dei diritti e delle libertà altrui”, sia altresì “necessaria in una società democratica”.

Stabilito, dunque, che sul piatto della bilancia vi è da una parte il diritto alla libertà religiosa, in quella declinazione particolare che è il diritto a manifestare il proprio credo religioso attraverso pratiche, e dall'altra il diritto dei consociati a vivere in un ambiente che favorisca al massimo la socializzazione, la Corte attribuisce maggior peso a quest'ultimo, esaltando il valore tipicamente francese della *fraternité*. Nonostante le criticità del caso e la sua innegabile dilemmaticità, la Corte opta per la concessione di un ampio margine di apprezzamento alla Francia, anche tenendo conto che “*non esiste una linea comune tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa sulla questione del porto del velo integrale in luoghi pubblici*”⁶⁶⁸. Il sub-argomento non fa che confermare la tendenza della Corte “ad allargare o restringere il margine di apprezzamento in misura inversamente proporzionale all'ampiezza del consenso registrabile tra i Paesi del Consiglio”⁶⁶⁹, procedimento attraverso il quale i giudici di Strasburgo rinunciano al proprio ruolo primario di garanzia di una tutela minima dei diritti individuali, che deve proprio sottrarsi a qualsiasi valutazione consensualistica.

Partendo da queste premesse, la Corte conclude che “*il divieto imposto dalla legge dell'11 ottobre 2010 si può ritenere proporzionato rispetto alla finalità perseguita, precisamente il mantenimento delle condizioni del “vivere insieme” come elemento di “protezione dei diritti e libertà altrui” e che “la contestata limitazione può dunque ritenersi necessaria in una società democratica*”⁶⁷⁰; per queste ragioni non ritiene violati gli artt. 9 e 14 CEDU.

⁶⁶⁸ Ivi, § 156.

⁶⁶⁹ M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 186.

⁶⁷⁰ CEDU, 1 luglio 2014, *S.A.S c. Francia*, §§ 157 – 158.

Note conclusive

Il tema della relazione tra il Diritto e le religioni è tanto vasto da escludere pretese di assoluta esaustività, specie se a dover far fronte a quelle pretese è una tesi di dottorato svolta in un arco temporale ridotto. Si è provato, comunque, a restringere l'ambito della ricerca, agganciando un discorso teorico generale ad una pratica interpretativa ed argomentativa specifica che è quella della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Il primo capitolo che introduce il lettore alle relazioni empiriche in ambito pubblico tra il Diritto e le religioni si muove su di un piano di descrittività e funge da pretesto per le argomentazioni successive. Attingendo copiosamente al lessico della sociologia, esso prova ad offrire un quadro generico intorno al ruolo che le religioni svolgono nelle società contemporanee. Si è provato ad evidenziare come questo ruolo sia qualitativamente diverso rispetto al passato, se solo si pensa alle tante religioni che si contendono il campo e alle tante risorse di speranza cui l'individuo può attingere ai giorni nostri. Il sentiero tracciato in questo primo capitolo, che si impernia sulle elaborazioni teoriche di due maestri del tema come Charles Taylor e Peter Berger, ha come esito quello della necessità di trovare una nuova forma di regolamentazione del fenomeno religioso in ambito pubblico. Il primo capitolo, dunque, solleva il problema cui i capitoli successivi sono chiamati a dare risposta. Il pluralismo di credenze, che trova terreno fertile nello Stato costituzionale di diritto, è influenzato ed incentivato dal riconoscimento di diritti individuali, tra i quali riveste particolare importanza il diritto di libertà di coscienza a religione, che rendono il soggetto libero di operare la scelta che più ritiene giusta in ambito etico-religioso. A questa libertà dell'individuo deve rispondere il Diritto, ribadendo quali sono i fini e i valori che esso intende proteggere. È solamente attraverso tale

operazione, infatti, che può avvenire quella selezione di comportamenti la quale non deve disancorarsi dalla feconda ottica binaria del valore e del dis-valore. Il Diritto è chiamato ad armonizzare l'avvenuta secolarizzazione della giustificazione normativa e la nuova situazione pluralistica degli Stati costituzionali, assumendo la funzione di riduttore della complessità e del conflitto che gli è propria da sempre.

Proprio in quest'ottica si analizzano nel secondo capitolo le strategie storicamente pensate, e in alcuni casi adottate, per risolvere il problema delle relazioni tra il Diritto e le religioni. Assumendo come punto di partenza la "rottura dell'unità cristiana", il capitolo si sviluppa nell'alternanza tra la storia e la storia del pensiero, ricercando un equilibrio tra i fatti e le aspirazioni filosofiche del periodo pre-illuminista ed illuminista.

All'avocazione a sé di entrambi i poteri, politico e religioso, da parte del Leviatano di Hobbes, cui segue una neutralizzazione forzata e radicale dello spazio pubblico, si affiancano le tesi più moderate di Spinoza che si mostrò capace, in tempi non certamente maturi, di intuire la necessità di un bilanciamento tra l'espansione dei diritti "in base ai diversi fini della religione e dello Stato" e una loro opportuna limitazione, mostrandosi altrettanto aperto ai temi dell'insegnamento e della discussione pubblica delle diverse dottrine religiose. L'analisi del pensiero pre-illuminista si conclude con Locke e la sua nota idea di tolleranza che rafforza quella sua raggiunta consapevolezza di una necessaria distinzione tra i fini temporali e spirituali.

Le idee degli autori pre-illuministi sono condotte a logiche conseguenze dagli autori illuministi, tra i quali ho scelto, non casualmente, Voltaire, Rousseau e Kant. Voltaire seppe introdurre con coraggio le idee lockiane in Francia, ammirando lo strumento della tolleranza per la capacità di stabilizzazione sociale che aveva dimostrato

oltremanica, cui faceva, però, da presupposto imprescindibile una regolamentazione su basi rinnovate del rapporto tra Stato e Chiesa. Per costruire uno Stato tollerante, l'esercizio del potere politico non poteva che essere appannaggio totale del despota illuminato. In Rousseau, la questione della relazione tra Diritto e religioni è legata a doppio filo al rompicapo della coesistenza tra un potere politico democratico e fondato sull'autolegislazione ed un potere religioso, "politicamente avvers[o] alla legittimazione per consenso", cui fa da contraltare una sostituzione del diritto di tolleranza con il dovere del cittadino di tollerare. È a Kant che si deve, però, l'introduzione della libertà religiosa come componente imprescindibile della laicità, la quale si sviluppa in due direzioni: da una parte, l'autonomia interna delle comunità morali con il limite del rispetto delle leggi della comunità politica; dall'altra, lo scivolamento della coscienza dall'ambito religioso a quello dell'autonomia morale individuale.

Questi *profili germinali della laicità*, intesi come soluzioni proposte al problema delle relazioni tra il Diritto e le religioni in epoca pre-illuminista ed illuminista, hanno contribuito, a mio avviso, a modellare uno o più profili del concetto di laicità come noi lo conosciamo oggi. Mettere in risalto la continuità tra quel pensiero e il dibattito odierno sulla laicità è imprescindibile in quanto il problema della conflittualità religiosa e delle istanze religiosamente motivate torna a farsi sentire in maniera forte e necessita di consapevolezze storiche solide.

Se si compongono quei profili germinali della laicità e li si attualizza al mutato contesto dello Stato costituzionale di diritto, si ha una buona base di partenza per analizzare nello specifico quello che definisco nel terzo capitolo *concetto interpretativo di laicità*. Mi rifaccio a una nota definizione di Dworkin, che si rifà a sua volta, pur non

citandolo direttamente, a Walter Bryce Gallie, per provare a costruire una teoria normativa (o prescrittiva, che dir si voglia) della laicità, la quale prescindendo dal richiamo esplicito (e criteriale) dell'espressione all'interno della costituzione. La mia proposta fa della laicità un connotato imprescindibile dello Stato costituzionale perché uno Stato che si dichiara protettore della libertà, dell'eguaglianza e, al contempo, tollerante, non può che essere per sua natura laico. Di qui la convinzione che i valori della laicità intesa come concetto interpretativo siano fondamentalmente tre: la libertà intesa come indipendenza di tutti gli individui nelle scelte etiche; l'eguaglianza, intesa come eguale considerazione e rispetto delle scelte etiche degli individui; infine la tolleranza, come valore di chiusura che preserva la pace sociale e disinnesca i conflitti a contenuto religioso.

Se nel primo capitolo si era sollevata la questione di come il Diritto dovesse selezionare i fini e i valori da proteggere, nel terzo capitolo prova a fornirsi una risposta a tale quesito, facendo leva sulla natura costituzionale dello Stato. I fini e valori che il diritto deve raggiungere e massimizzare sono quelli sanciti all'interno della Costituzione e la loro protezione non può prescindere dal considerarli in qualche maniera oggettivi e, dunque, sottratti alle insidie del relativismo etico. Ecco spiegati i presupposti necessari del Diritto inteso come pratica sociale e dell'oggettivismo morale minimo, con quest'ultimo che incide in maniera evidente sul funzionamento del meccanismo istituzionale posto a tutela dei valori della laicità: la neutralità. Uno Stato che voglia definirsi genuinamente costituzionale non può pretendere di essere neutro con riguardo a determinati fini e valori (libertà, eguaglianza, tolleranza etc.) ma deve esserlo una volta che ha la sicurezza che quei fini e valori siano garantiti e rispettati nel massimo grado.

La consapevolezza dei valori che la laicità è chiamata a proteggere mette in guardia dalla sua possibile confusione con la secolarizzazione, che resta, a mio avviso, un concetto

meramente descrittivo, e da pericolose oscillazioni del concetto stesso di laicità verso altri concetti, come *laicismo* o *laicità positiva*, che ne snaturano la funzione. Se il laicismo è una maniera aggressiva e intollerante di intendere la laicità, allo stesso modo (e qui cito affettuosamente il professore e amico Josep Aguiló Regla) la “*laicità positiva* non è né laica né positiva”.

Per la già segnalata immensità del tema, ho dovuto necessariamente restringere il mio campo d'indagine nella seconda parte. Avendo avvertito sin dalle prime battute della tesi la necessità di rendere maggiormente concreto il discorso, ho deciso di focalizzare la mia attenzione sulla tutela che offre (o, in alcuni casi, non offre) la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di libertà di coscienza e religione, provando a traslare, non senza “navette” tra la prima e la seconda parte, il modello teorico della laicità intesa come concetto interpretativo nelle sentenze della Corte di Strasburgo.

Come operazione preliminare, ho descritto brevemente il funzionamento della Corte EDU e mi sono soffermato su due tecniche argomentative della stessa molto studiate: il bilanciamento e il margine di apprezzamento nazionale.

La difficoltà di affrontare un tema come quello del bilanciamento è emersa soprattutto dal confronto con una letteratura sconfinata sul punto che mi ha lasciato, però, la convinzione che i teorici del diritto non possano limitarsi a ribadire l'irrazionalità ma debbano, al contrario, attivarsi per ricercare strumenti di controllo razionale della ponderazione. Non ci si può arrendere al fatto che il giudice utilizzi in maniera del tutto discrezionale uno strumento cui si fa ormai quotidiano ricorso specie nelle Corti supreme e internazionali. Di qui la mia adesione alla proposta teorica di Manuel Atienza secondo il quale è auspicabile la creazione graduale di una tassonomia di casi dalle proprietà comuni

rilevanti che aiuti progressivamente i giudici a decidere in maniera simile casi simili. Partendo da quella intuizioni mi sono messo alla ricerca di autori che si fossero mossi in tale direzione e non ho potuto fare a meno di apprezzare particolarmente le tesi di Samantha Besson, “chair” di Diritto internazionale pubblico e Diritto europeo presso l’Università di Friburgo, e Stijn Smet, “assistant professor” di Diritto costituzionale presso la Hasselt University. Le due proposte teoriche, contenute in un bel libro dal titolo *When Human Rights Clash at European Court of Human Rights*, sono volte a rendere il procedimento della ponderazione maggiormente controllabile connettendolo nel caso della Besson ad una teoria normativa che mette al centro l’egalitarismo e nel caso di Smet al peso delle ragioni utilizzate a sostegno dell’uno o dell’altro diritto. Il bilanciamento ‘strutturato’ di Smet, che si impernia sul concetto di *comparing reasons*, ovvero di ragioni a supporto (dei) o contrarie (ai) diritti umani in conflitto, è quello che più si avvicina alla tassonomia auspicata da Atienza: si basa su di un test multifattoriale di sette criteri (valore, impatto, centro/periferia, diritti addizionali, interesse generale, scopo e responsabilità) che prova a sottrarre il bilanciamento alle logiche appiattite delle caratteristiche del caso concreto.

Quanto al margine di apprezzamento, invece, dopo una breve introduzione a quella che viene comunemente definita ‘dimensione istituzionale’ del Diritto, provo a tracciare una distinzione tra i principi sostanziali ed istituzionali. Chiarire la natura del margine di apprezzamento che rappresenta, nella mia ottica, un principio istituzionale, aiuta a comprenderne il valore argomentativo e invita il giudice a guardarsi bene dall’applicarlo in maniera meccanica. Come ogni principio, anche quello del margine di apprezzamento, deve entrare nelle operazioni di bilanciamento e ad esso deve attribuirsi il valore che merita dopo averlo soppesato con un altro principio fondamentale che è quello di un un livello minimo di garanzia dei diritti a livello europeo. Per smontare le critiche di

quegli studiosi che parlano di un'accondiscendenza a-critica della Corte EDU al legislatore nazionale, i giudici di Strasburgo sono chiamati ad entrare nel merito della questione, comprendendo la struttura normativa del diritto (presuntamente) violato e vagliandone la compatibilità con la misura adottata dallo Stato.

Nell'ultimo capitolo analizzo e valuto alcune delle più rilevanti sentenze della Corte di Strasburgo in materia di libertà di coscienza e religione. Mi rifaccio a tal fine il modello elaborato da Manuel Atienza, pur non utilizzando il diagramma di flusso. La prima parte dell'analisi e valutazione è dedicata alla descrizione del fatto e dell'iter processuale, cui si affianca una breve descrizione delle norme rilevanti per il caso. La seconda parte, invece, riassume gli argomenti del governo, del ricorrente e della Corte. Ho provato a mettere in evidenza la dialettica tra le parti e la sintesi che della stessa offrono i giudici nelle soluzioni offerte alle questioni. La valutazione delle sentenze avviene mediante il modello normativo di laicità presentato nel terzo capitolo e prova a smascherare esiti laicisti o di laicità positiva che, come detto prima, trascurano uno o più valori della laicità: la libertà, l'eguaglianza o la tolleranza.

Dall'analisi e valutazione delle sentenze scelte ho potuto evincere che stabilire *ex ante* un modello di laicità per tutti i Paesi che hanno aderito alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo è praticamente impossibile. Si tratta di Paesi diversi per cultura e indirizzi politici e non rientra sicuramente tra i compiti della Corte di Strasburgo quello di stabilire un modello unico di laicità. Ciononostante, la teoria normativa della laicità proposta nel terzo capitolo può fungere da strumento utile alla valutazione *ex post* delle sentenze della Corte EDU che non deve mai trascurare, quando è chiamata a pronunciarsi

su questioni inerenti alla libertà religiosa, i valori della libertà, dell'eguaglianza e della tolleranza.

RESUMEN EN LENGUA CASTELLANA

La relación entre Derecho y religión en la esfera pública es uno de los argumentos más discutidos de los últimos años. El tema puede abordarse desde varias perspectivas, sociológica, histórica, jurídica, pero puede ser también objeto de un análisis sistemático que sea capaz de integrar los diversos enfoques.

El objetivo de la tesis es analizar las relaciones entre el Derecho y las religiones utilizando dos categorías conceptuales fundamentales de referencia: la secularización y la laicidad. Me refiero a la secularización como a una categoría meramente explicativo-descriptiva en cuanto al rol que hoy desempeña la religión en el Estado Constitucional de Derecho. Considero, en cambio, la laicidad como concepto interpretativo que debe necesariamente apoyarse en una teoría normativa que pueda explicar su contenido en términos de principios y valores.

En el primer capítulo de la tesis parto de un concepto que ha sido definido con gran fortuna por John Rawls: el hecho del pluralismo. A partir de ese presupuesto, intento sustentar la mera descriptividad del concepto de pluralismo, entendido como descripción de una realidad social en la que se enfrentan varias visiones éticas, morales y religiosas. En relación con esas visiones, que el mismo Rawls suele llamar *comprehensive doctrines*, el Derecho juega un papel fundamental, o sea poner orden entre las mismas y favorecer en el máximo grado posible una convivencia pacífica. Las *comprehensive doctrines*, de hecho, tienen una pretensión de verdad y corrección que las hace, por uno o más aspectos, incompatibles con las otras.

Utilizo, por eso, el hecho del pluralismo como articulación problemática que ponga en discusión una categoría conceptual que ha sido muchas veces utilizada para

analizar la relaciones entre Derecho y religiones: la secularización. Ante el hecho del pluralismo es, en mi opinión, inútil buscar refugio de manera dogmática en la secularización entendida como paradigma explicativo-descriptivo de las relaciones entre Derecho y religiones que ha sido, en la mayoría de los casos, entendido: a) como retracción de la religión del espacio público; b) como regresión, generalmente entendida, del fenómeno religioso como creencia o práctica. Estas dos maneras de entender la secularización han sido desmentidas por los hechos y los teóricos han elaborado nuevas tesis explicativas de las relaciones entre Derecho y religiones. Se sitúan en esa dirección las propuestas teóricas de dos autores como Charles Taylor y Peter Berger. No fueron los únicos, por supuesto, en dudar sobre el concepto de secularización así entendido. Mi opción se basa en dos motivos. En primer lugar, ambos autores hacen continuamente referencia al contexto europeo y, siendo mi tesis limitada a las relaciones entre Derecho y religiones en la esfera pública europea, sus obras representan una buena introducción sociológico-filosófica de una categoría que explica tales relaciones en Europa. En segundo lugar, tanto Berger como Taylor describen adecuadamente el renovado papel que juega la religión a nivel social, o sea una forma de ver el mundo que no puede más autodenominarse como omnicompreensiva y válida para todos los ciudadanos de una comunidad, sino que, al contrario, se enfrenta a nuevos *competitors*, acudiendo a nuevos recursos racionales y argumentativos. Creo que esa postura “cualitativamente” diferente de las religiones en las sociedades contemporáneas ha impuesto al Derecho preguntarse de manera renovada sobre el propio papel con respecto a las disputas religiosas y a las instancias religiosamente motivadas que son formuladas por sujetos o grupos de sujetos que tienen creencias diversas y, con frecuencia, incompatibles. Esa es la razón por la cual es importante

reevaluar la centralidad de un concepto normativo que se muestre capaz de estructurar y canalizar el conflicto: la laicidad.

En el segundo capítulo de la tesis trato de reconstruir, desde un punto de vista histórico-filosófico, las estrategias que el Derecho tuvo que adoptar para regular el fenómeno religioso a raíz de la ruptura de la unidad cristiana. Dicha regulación tuvo que responder a dos problemas fundamentales: las relaciones entre Estado y iglesias, entendidas cuales religiones institucionalizadas; y la relación entre Estado y creencias religiosas mas generalmente entendidas. Defino las estrategias adoptadas por el Derecho en relación a esos dos problemas fundamentales *perfiles germinales de la laicidad*: la primera es una estrategia de distinción entre Estado e iglesias mientras que la segunda es una estrategia de progresivo distanciamiento entre poder político y religiones.

El objetivo del segundo capítulo es el de destacar la emersión diacrónica de los dos perfiles germinales de la laicidad partiendo de las reflexiones de los mayores filósofos de la Ilustración y de la pre-ilustración. Sin ninguna pretensión de exhaustividad historiográfica y de investigación puramente filosófica, analizo el pensamiento de Hobbes, Spinoza, Locke, Rousseau, Voltaire y Kant desde una perspectiva que se muestre capaz de demostrar su fecunda aportación al tema de las relaciones entre Derecho y religiones. Ese problema se presenta como un problema urgente a raíz de la ruptura de la unidad cristiana. La fragmentación religiosa que tal evento produce obliga a los nacientes estados europeos a buscar nuevas estrategias pacificadoras.

El primer sub-problema -es decir, la redefinición de las relaciones entre Estado e iglesias, agravado por el nacimiento del Estado moderno, se convierte en un problema de necesaria redefinición de las relaciones entre ordenamientos jurídicos distintos. Lo mismo

surge en razón del hecho de que otra autoridad, *exterior* respecto al Estado, intente imponer a los ciudadanos obligaciones que pueden o no coincidir con el orden estatal. Los autores pre-ilustrados y ilustrados sugieren, generalmente, tres estrategias de resolución de este primer sub-problema:

- 1) Estrategia *erastianista*, según la cual el poder político extiende su poder en el ámbito religioso;
- 2) Estrategia *jurisdiccionalista*, según la cual hay subordinación del poder religioso al poder político;
- 3) Estrategia *separatista*, según la cual el Estado reconoce libertad a las religiones para ejercer su propio poder en los límites de la ley.

En relación al segundo sub-problema, es decir la relación entre Estado y creencias religiosas, independientemente de su institucionalización, que es un problema interno en el Estado, las soluciones ofrecidas por los autores pre-ilustrados e ilustrados han sido básicamente cuatro y, por supuesto, condicionadas por las soluciones ofrecidas al primer sub-problema:

- 1) Estrategia *neutralista*, conforme a la cual el poder político se encarga de neutralizar las creencias religiosas en el ámbito público;
- 2) Estrategia de la *tolerancia*, conforme a la cual el poder político se limita a soportar las diversas creencias religiosas en el ámbito público.
- 3) Estrategia de los *derechos individuales*, conforme a la cual se reconoce una general libertad de conciencia a todos los sujetos.

4) Estrategia *mixta*, que combina en una o más maneras diferentes unas de las estrategias precedentes.

El esfuerzo analítico de ese capítulo tiene el objetivo de destacar el nexo de continuidad entre el pensamiento pre-ilustrado/ilustrado y el debate actual sobre la laicidad; cada uno de los filósofos mencionados ha contribuido a modelar uno o más perfiles de ese concepto complejo.

El tercer capítulo constituye el núcleo esencial de mi modelo teórico. Parto de la hipótesis, respaldada por un buen trabajo de Dolores Morondo Taramundi, que la laicidad pueda entenderse como un *concepto interpretativo*. Recurriendo ampliamente al léxico de Ronald Dworkin, sostengo que una teoría normativa sobre el concepto de laicidad tiene la tarea de contestar a la cuestión de como interpretar los valores que pertenecen a la misma: libertad, igual consideración y respeto, y tolerancia.

Ante todo, expongo las razones por las que me parece correcto analizar la laicidad desde un punto de vista interpretativo, alabando el elemento distintivo de cada concepto interpretativo: el desacuerdo. Si la laicidad entendida como concepto meramente criterial ofrece, como creo, una perspectiva limitada en materia de relación entre Derecho y religiones, la visión de la laicidad como concepto interpretativo es una perspectiva fértil ya que se muestra capaz de destacar adecuadamente lo que yo llamo “exceso de desacuerdo”, que compromete los profesionales jurídicos a poner el concepto de laicidad en su luz mejor, interrogandose sobre como sea posible exaltar sus valores. Solo se puede poner en práctica esta operación aceptando dos condiciones de partida: el Derecho entendido como práctica social a través de la cual se trata de lograr o maximizar ciertos fines y

valores, así como una forma específica de objetivismo moral mínimo entendido como posibilidad que se produzca sobre ciertos valores una discusión racional en la que sean balanceadas la pretensión de corrección y el falibilismo de la argumentación.

Cuando se hayan acordado estas condiciones teóricas y metodológicas, analizo los valores de la laicidad entendida como concepto interpretativo.

El primer valor es lo de la libertad de conciencia y religión. Sobre ese valor, primero analizo su relación *genus/species* con la libertad personal, y luego, compartiendo la propuesta teórica de Ronald Dworkin, pruebo a sostener la tesis de que la autonomía individual entendida como independencia ética constituya su base justificativa.

El segundo valor es lo de la igual consideración y respeto que, vinculada al precedente valor de la independencia en las decisiones éticas, debe ser garantizada de manera igual a todos los sujetos.

El tercer valor es lo de la tolerancia que representa, en mi perspectiva, un valor de cierre. A pesar de que muchos sostengan que la tolerancia sea incluso incompatible con una perspectiva genuinamente laica, yo considero que la misma represente, en cambio, un valor intrínsecamente conectado a la laicidad, capaz de introducir en el ordenamiento jurídico una tensión a la paz social que está a menudo amenazada por la incompatibilidad entre varias visiones ético-religiosas.

Los tres valores de la laicidad se aplican, según yo creo, mediante la neutralidad que representa un mecanismo institucional destinado a garantizar que todos los ciudadanos crean libremente, igualmente, de manera abierta y tolerante frente a las otras visiones ético-religiosas, en su propio proyecto de vida. El tema de la neutralidad es, evidentemente, muy amplio y fuera del alcance de mi tesis. En el tercer capítulo me limito a distinguir entre neutralidad procedural y neutralidad de los fines, centrándome

brevemente sobre la tesis de John Rawls de la *prioridad de lo justo sobre lo bueno*, para reiterar la necesidad de aceptación de un objetivismo moral mínimo cuando se trata el tema de la laicidad.

Esta manera de entender la laicidad, me ayuda a establecer una distinción fundamental entre la secularización, objeto del primer capítulo, que debe entenderse como proceso histórico-sociológico por el cual las prácticas sociales en sentido amplio (sociales, culturales, jurídicas, políticas) se emancipan de los ámbitos normativos religiosos de referencia, y la laicidad misma, que debe ser entendida como principio jurídico-constitucional que pertenece generalmente a todas las democracias occidentales y que protege los valores de la libertad, de la igual consideración y respeto, y de la tolerancia, actuándose mediante el mecanismo institucional de la neutralidad. Además creo que la laicidad así entendida sirve para distinguir la laicidad de otros conceptos afines, que llamo *visiones patológicas de la laicidad*, porque olvidan completamente uno de los valores mencionados anteriormente. Así como la *laicidad positiva* indica generalmente la posibilidad de formas de compromisos más o menos elevadas entre el Estado y las creencias religiosas, dejando de lado el valor de la igual consideración y respeto de las visiones éticas de todos los ciudadanos, el *laicismo*, en cambio, aboga por la general superioridad de los valores no-religiosos, dejando de lado el valor de la tolerancia. Ambas las visiones patológicas de la laicidad son además culpables por crear una inapropiada mezcla entre los conceptos de secularización y laicidad.

En la segunda parte de la tesis, compuesta por los capítulos cuarto y quinto, me detengo sobre las prácticas interpretativas y argumentativas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de conciencia y religión.

En el capítulo cuatro, más específicamente, voy a elaborar un marco general sobre la Convención Europea de Derechos Humanos, centrándome particularmente en los artículos 9 y 14. Haciendo continua referencia a la primera parte de la tesis, profundizo las distinciones entre *forum internum/forum externum* así como los límites convencionales al ejercicio de la libertad religiosa. Cuanto al artículo 14 sobre la prohibición de la discriminación establezco una distinción entre discriminación directa e indirecta, llegando a un breve *excursus* que explique en términos de justificación moral las llamadas medidas positivas.

Aclaradas las normas de referencia que permiten, según yo creo, configurar un modelo sutil de laicidad a nivel europeo, respaldo aquella manera de entender el trabajo de la Corte de Estrasburgo como práctica social destinada a la realización o maximización de los fines y valores contenidos en la Convención Europea de Derechos Humanos. Me pregunto, además, si se pueda o meno hablar en la misma dirección de un rol constitucional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a nivel europeo.

Después me voy a detener sobre las principales técnicas interpretativas y sobre los métodos de razonamiento de la Corte de Estrasburgo, analizando, más específicamente, la ponderación y el margen de apreciación nacional. A partir de la necesaria distinción entre reglas y principios, sostengo que los derechos fundamentales, que son objeto de la ponderación, no pueden que ser entendidos como principios. Trazada brevemente la distinción entre las tesis de aquellos que sostienen la irracionalidad de la ponderación y aquellos que, por el contrario, hacen el intento de definir los confines racionales de la misma, me sumo a esa segunda manera de ver a la ponderación, apoyando la tesis de Manuel Atienza según la cual es necesario definir progresivamente una *taxonomía* de propiedades relevantes que permitan fijar categorías de casos siempre más específicos en

materia de ponderación, que se deriven del *sentido común* creado en el tiempo por los jueces. Para ofrecer un ejemplo de taxonomía de las propiedades relevantes de la ponderación retomo las obras de dos expertos de derecho internacional capaces de integrar hábilmente las dimensiones teóricas y prácticas de la ponderación: Samatha Besson con su propuesta de un ‘balance cualitativo’, que sitúa en el centro el aspecto igualitario de los derechos fundamentales, y Stijn Smet que intenta hacer operativo ese balance cualitativo, poniendo el acento sobre el peso de las razones utilizadas en apoyo de uno u otro interés en juego.

Cuanto al margen de apreciación nacional, empiezo con el definir la dimensión institucional del Derecho. Hago una distinción entre principios sustanciales y principios institucionales, asumiendo que el margen de apreciación nacional deba ser entendido como principio institucional que debe por eso entrar en el juego de la ponderación. De esta manera se puede, según yo creo, evitar un uso simplemente retórico o, más en general, no adecuadamente justificado, del margen de apreciación.

En el último capítulo utilizo como premisa metodológica la teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza para analizar y evaluar ciertas sentencias relevantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de conciencia y religión. Aunque no utilice el esquema formal del diagrama de flujo desarrollado por Manuel Atienza, intento atribuir la justa relevancia tanto al momento del análisis como al momento de la evaluación de las sentencias seleccionadas.

El primero, como se sabe, se basa en la descripción y comprensión de los elementos formales, materiales y pragmáticos de la argumentación. El segundo, en cambio, consiste en la producción de un juicio sobre la argumentación analizada

distinguiendo entre las “buenas” argumentaciones y las “malas” argumentaciones. En esa segunda fase hago confluír el modelo normativo de laicidad propuesto en el tercer capítulo para intentar examinar los resultados a los que llega la Corte de Estrasburgo cuando se le pide una pronuncia sobre libertad de conciencia y religión. La evaluación pretende, sobre todo, desenmascarar posibles resultados laicistas o de laicidad positiva.

El tema de las relaciones entre Derecho y religiones es tan grande que no es posible analizarlo exhaustivamente en un solo trabajo, sobre todo si el tema debe agotarse en una tesis doctoral desarrollado en un período reducido. He intentado, sin embargo, reducir el tema de la investigación, vinculando un discurso teórico general a una práctica interpretativa y argumentativa específica que es la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El primer capítulo, que introduce el lector a las relaciones empíricas en el ámbito público entre Derecho y religiones es de carácter descriptivo y sirve de pretexto para las argumentaciones siguientes. Recurriendo ampliamente al léxico de la sociología, el primer capítulo intenta ofrecer una visión general sobre el papel que las religiones juegan en las sociedades contemporaneas. He intentado destacar cómo este papel sea cualitativamente diferente que en el pasado, si solo se piensa a las varias religiones que existen y a las muchas fuentes de esperanza a las que el sujeto puede recurrir. La trayectoria de este primer capítulo, que se centra en las elaboraciones teóricas de Charles Taylor y Peter Berger, tiene como resultado la necesidad de encontrar una nueva forma de regulación del fenómeno religioso en el ámbito público. El primer capítulo, entonces, plantea un problema al que tienen que responder los siguientes. El pluralismo de las creencias, que encuentra su terreno predilecto en el Estado constitucional de Derecho, se ve afectado y

fomentado por el reconocimiento de los derechos individuales, entre los que es particularmente importante el derecho de libertad de conciencia y religión. Estos derechos dejan al sujeto libre en la elección de su plan de vida ético-religioso. El Derecho tiene que regular esa libertad, reafirmando cuáles son los fines y valores que pretende proteger. Sólo mediante esa operación, de hecho, puede realizarse aquella selección de conductas que no tiene que apartarse de la óptica binaria valor/disvalor. El Derecho debería armonizar la ocurrida secularización de la justificación normativa y la nueva situación de pluralismo del Estado constitucional, asumiendo la función de reducir la complejidad y el conflicto.

En el segundo capítulo analizo las estrategias histórico-filosóficas que han sido adoptadas para resolver ese problema. A partir de la “ruptura de la unidad cristiana”, el capítulo se desarrolla alternándose entre historia e historia del pensamiento, buscando un equilibrio entre hechos y aspiraciones filosóficas del período de la pre-Ilustración y de la Ilustración. Hobbes sugiere la reunión de los poderes políticos y religiosos en el Leviatán, mientras que Spinoza intuye la necesidad de un balance entre la expansión de los derechos “en razón de la diferente naturaleza de la religión y del Estado” y una limitación de los mismos, mostrándose abierto a los temas de la enseñanza y de la discusión pública de las diversas doctrinas religiosas. El análisis del pensamiento pre-ilustrado termina con Locke y su conocida idea de tolerancia.

Las ideas de los autores pre-ilustrados se realizan en el pensamiento de los autores ilustrados, entre los que he elegido Voltaire, Rousseau y Kant. Voltaire supo introducir con coraje las ideas de Locke en Francia. En Rousseau, la cuestión de la tolerancia de las relaciones entre Derecho y religiones está vinculada a la cuestión de la convivencia entre un poder político democrático y un poder religioso hostil a la legitimación por consenso. Kant tiene el mérito de introducir a la libertad religiosa como componente necesario de la

laicidad, que se desarrolla en dos planteamientos distintos: por un lado, l'autonomía interna de las comunidades morales con el límite del respeto de las leyes de la comunidad política; por otro lado, la transición de la conciencia del ámbito religioso a lo de la autonomía moral individual.

Esos *perfiles germinales de la laicidad*, entendidos como soluciones propuestas al problema de las relaciones entre Derecho y religiones, contribuyeron a dar forma a uno o más perfiles del concepto de laicidad como hoy lo conocimos. Destacar la continuidad entre ese pensamiento y el debate de hoy sobre la laicidad resulta imprescindible.

Ese marco histórico constituye una buena base para analizar más específicamente lo que yo defino en el tercer capítulo *concepto interpretativo de laicidad*. Me remito a la definición de Dworkin para intentar construir una teoría normativa de la laicidad que vaya más allá de la referencia explícita de la expresión laicidad en la constitución. Mi propuesta convierte la laicidad en connotación imprescindible del Estado constitucional porque un Estado que se declare guardián de la libertad, de la igualdad y de la tolerancia, no puede no declararse al mismo tiempo laico. De aquí surge la convicción de que los valores de la laicidad entendida como concepto interpretativo sean fundamentalmente tres: libertad entendida como independencia en las opciones ético-religiosas de los individuos, igualdad entendida como igual consideración y respeto de todas las opciones ético-religiosas, y tolerancia como valor de cierre que preserve la paz social y desactive los conflictos religiosos.

Los fines y valores que el Derecho tiene que proteger y maximizar son aquellos que están establecidos en las constituciones y su protección no puede prescindir de considerar a los mismos objetivos de alguna manera. Así se explican las condiciones necesarias del Derecho entendido como práctica social y del objetivismo moral mínimo,

que alimenta el mecanismo institucional de la neutralidad. Un Estado que se denomine genuinamente como Estado constitucional no puede pretender ser neutral con respecto a determinados valores pero debe serlo cuando tiene la seguridad de que esos fines y valores están garantizados y respetados en el máximo grado posible.

La de los valores de la laicidad previene contra su posible confusión con la secularización, que sigue siendo un concepto meramente descriptivo, y evita peligrosas fluctuaciones del concepto de laicidad hacia otros conceptos, como el *laicismo* y la *laicidad positiva*, que desnaturalizan su función. Como el laicismo constituye una manera agresiva y intolerante de entender la laicidad, así la laicidad positiva (y aquí menciono afectuosamente al profesor y amigo Josep Aguiló Regla) “ní es laica ní es positiva”.

En la segunda parte de la tesis he intentado restringir el campo de investigación. Teniendo la necesidad de hacer concreto el discurso, he decidido centrarme en la protección que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ofrece en materia de libertad de conciencia y religión, tratando de trasladar, no sin “lanzaderas” entre la primera y la segunda parte de la tesis, el modelo teórico de la laicidad entendida como concepto interpretativo en las sentencias del Tribunal de Estrasburgo.

Cómo operación preliminar, he descrito sucintamente el funcionamiento del Tribunal de Estrasburgo y me he detenido sobre dos técnicas argumentativas del mismo muy estudiadas: la ponderación y el margen de apreciación nacional.

La dificultad de abordar el tema de la ponderación es evidente si se considera la bibliografía infinita sobre lo mismo. Sobre el punto, de toda manera, tengo una convicción: los teóricos del Derecho no pueden limitarse a decir que la ponderación es un instrumento irracional, sino que tienen que ir buscando herramientas para el control

racional de la misma. No se puede aceptar pasivamente que el juez utilice de manera discrecional la ponderación. Esa convicción motiva mi adhesión a la propuesta teórica de Manuel Atienza, según el cual es deseable la creación progresiva de una taxonomía de casos que tienen rasgos comunes y que ayuden al juez en decidir de forma similar casos similares. Partiendo de esta base, me he puesto a la búsqueda de autores que se hubieran movido en esa dirección y he apreciado particularmente las tesis de Samantha Besson, “chair” de Derecho público internacional y de Derecho europeo en la Universidad de Friburgo, y Stijn Smet, “assistant professor” de Derecho constitucional en la Hasselt University. Las dos propuestas teóricas, que figuran en el buen libro *When Human Rights Clash at European Court of Human Rights*, quieren hacer de la ponderación una operación controlable en la mayor medida posible. Besson conecta la ponderación a una teoría normativa sobre la igualdad, mientras que Smet se centra en el peso de las razones empleadas en apoyo a los derechos en conflicto. El balance ‘estructurado’ de Smet, que tiene por objeto las *comparing reasons*, es lo que más se acerca a la taxonomía prevista por Atienza: se basa en un test multifactorial de siete criterios que se suma al análisis del caso concreto.

Cuanto al margen de apreciación nacional, tras una breve introducción a la llamada ‘dimension institucional’ del Derecho, pongo un mapa de la diferencia entre principios sustanciales e institucionales. Aclarar la naturaleza del margen de apreciación que representa, desde mi punto de vista, un principio institucional, ayuda a comprender su valor argumentativo y pide al juez no aplicarlo de manera mecánica. Como cada principio, el margen de apreciación también debe entrar en las operaciones de balance y al mismo tiene que atribuirse el valor que merece después que se haya sopesado con otro principio, o sea lo que protege el nivel mínimo de protección de los derechos a nivel europeo. Para

contestar a las críticas de los que hablan de una condescendencia del Tribunal de Estrasburgo a las decisiones del Estado, los jueces tienen que entrar en los meritos del caso en cuestión, entendiendo la estructura normativa del derecho (supuestamente) violado y controlando sobre su compatibilidad con las medidas adoptadas por los Estados.

En el capítulo final analizo y evaluo algunas sentencias del Tribunal de Estrasburgo en materia de libertad de conciencia y religión. Me remito, en tal sentido, al modelo desarrollado por Manuel Atienza, aunque no utilice el diagrama de flujo. La primera parte del análisis y evaluación se dedica a la descripción de los hechos y del iter procesal, a los que se suma una pequeña referencia a las normas relevantes por el caso. La segunda parte hace un resumen de los argumentos utilizados por el gobierno, el demandante y el Tribunal. He intentado destacar la dialéctica entre las partes y la síntesis que hacen de las mismas los jueces en sus decisiones. La evaluación de las sentencias se efectúa mediante el modelo normativo de laicidad propuesto en el tercer capítulo.

El análisis y la evaluación de las sentencias me ha dejado la convicción que no es posible establecer un modelo *ex ante* de laicidad europea. Se trata de países diversos en cuanto a cultura y directrices políticas, y no es función del Tribunal de Estrasburgo establecer un modelo único de laicidad. Sin embargo, la teoría normativa de la laicidad propuesta en el tercer capítulo puede ser utilizada como herramienta útil para evaluar *ex post* las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que nunca debe soslayar los valores de libertad, igualdad y tolerancia.

Bibliografia

ABIGNENTE A., *Argomentazione giuridica*, (voce) in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto. Vol. II*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 1 – 36.

-, *Pluralismo giuridico e ruolo dell'argomentazione*”, in «Ars Interpretandi», 1/2012, pp. 81 – 85.

-, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

ABIGNENTE A.- SCAMARDELLA F. (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

AGUILÓ REGLA J., *Interpretación constitucional. Algunas alternativa teóricas y una propuesta*, in «DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 35 (2012), pp. 236 – 258.

-, *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Editorial Trotta, Madrid, 2015.

-, *Acuerdos jurídicos y debate*, Fontamara, México, 2017.

-, *Los escenarios de la laicidad: grandeza y miseria. Un comentario a “Laicidad, religión y deliberación pública” de Rodolfo Vázquez*, in J. Cerdio – P. De Larrañaga – P. Salazar (coord.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, ITAM, México, 2017, pp. 259 – 275.

AGUILÓ REGLA J. – GRÁNDEZ CASTRO P.P., *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Ajenza*, Palestra Editores, Lima, 2017.

ALEMANY M., *Democracia versus Constitución (¿Precompromiso o paternalismo?)*, in «Anuario de Filosofía del Derecho», nueva época, t. XXVI., pp. 59 – 84.

ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998.

-, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in «Ratio Juris», vol. 16, No. 4, December 2003, pp. 433 – 449.

-, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in «Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica», 1/2007, pp. 45 – 55

-, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna, 2012.

-, *La doble naturaleza del derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2016.

-, *The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 2016, pp. 1-17.

ARAI-TAKAHASHI Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen-Oxford, New York, 2001.

ARLETTAZ F., *Religión, libertades y Estado. Un estudio a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Icaria editorial, Barcelona, 2014.

-, *Dos modelos frente a la diversidad cultural: igualitarismo formal y ciudadanía diferenciada*, in «Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales», a. LIX, n. 221, maggio-agosto 2014, pp. 201 – 224.

ANNICCHINO P., *Tra margine di apprezzamento e neutralità: il caso «Lautsi» e i nuovi equilibri della tutela europea della libertà religiosa*, in R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 179 – 193.

ATIENZA M., *Sobre lo razonable en el derecho*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», 27/1989, pp. 93 – 110.

-, *I limiti dell'interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici*, in «Ars Interpretandi», 1/1999, pp. 293 – 320.

-, *Dos sugerencias (muy menores) sobre el concepto de tolerancia*, in «Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho», 30 (2007), pp. 61 – 63.

-, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

-, *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013.

-, *Dworkin, la eutanasia y la idea del derecho*, in J. M. Saucá (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2015.

-, *Filosofía del derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid, 2017.

- , *Hierro y Laporta sobre los derechos*, in «Doxa», edición especial/2017, pp. 53 – 57.
- , *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*, in J. Aguiló Regla – P.P. Grández Castro, *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Palestra Editores, Lima, 2017, cit., pp. 11 – 42.
- ATIENZA M. – LOZADA PRADO A., *Cómo analizar una argumentación jurídica*, Cevallos Editora Jurídica, Quito, 2009.
- ATIENZA M. – RUIZ MANERO J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcellona, 1996.
- , *La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica*, in «DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 24(2001), pp. 115 – 130.
- , *Ilícitos atípicos*, Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- AUDI R., *La razionalità della religione*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2014.
- ÁVILA H., *Teoria dei principi*, Giappichelli, Torino, 2014.
- AYUSO M., *Estado, ley, conciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- AZZARITI G., *Multiculturalismo e costituzione*, in «Politica del diritto», a. XLVII, n. 1-2, marzo-giugno 2016, pp. 3 – 14.
- BALMES G., *Il protestantesimo paragonato col cattolicesimo nelle sue relazioni con la civiltà europea*, coi Tipi di Gio Battista Zampi, Roma, Roma, 1846.
- BARAK A., *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Palestra Editorial, Lima, 2017.
- BARBERIS M., *Libertà religiosa*, in «Ragion pratica», 1/2013, pp. 175 – 190.
- , *Liberté, égalité, sécurité. Gli equivoci della guerra al terrore*, in «il Mulino», 4/2016, pp. 565 – 577.

BARDON A., *Liberal Pluralism in a Secular Age* in F. Zemmin-C.Jager-G.Vanheeswijck (eds.), *Working with A Secular Age. Interdisciplinary Perspectives on Charles Taylor's Master Narrative*, Walter De Gruyter, Berlin/Boston, 2016.

BARRY B., *Culture and Equality. An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Cambridge, Polity Press, 2001.

BAUMAN G., *L'enigma multiculturale*, il Mulino, Bologna, 2003.

BERGER B. J., *Key Theoretical Issues in the Interaction of Law and Religion: A Guide for the Perplexed*, in «Constitutional Forum constitutionnel», vol. 19, Number 2, 2011, pp. 41 – 52

BERGER P.L., *The Sacred Canopy: Elements of a Sociological Theory of Religion*, Garden City, New York, 1967.

-, (ed.), *The Desecularization of the World. Resurgent Religion and World Politics*, Ethics and Public Policy Center, Washington D.C., 1999

-, *I molti altari della modernità. Le religioni al tempo del pluralismo*, EMI, Bologna, 2017.

BERLIN I., *Liberty*, Oxford University Press, 2002.

BERNAL PULIDO C., *La racionalidad de la ponderación*, in in J.L. Fabra Zamora – L. García Jaramillo (coord.), *Filosofía del derecho constitucional*, cit., pp. 405 – 426.

BESSON S., *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2005.

-, *Human Rights in Relation. A Critical Reading of the ECtHR's Approach to Conflicts of Rights*, in S. Smet – E. Brems (eds.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 23 – 37.

BIFULCO D., *Il disincanto costituzionale. Profili teorici della laicità*, Franco Angeli, Roma, 2015.

BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960.

-, *Eguaglianza e libertà*, Torino, Einaudi, 1995.

-, *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 2009.

BOTTICI C. – CHALLAND B., *The Myth of the Clash of Civilizations*, Routledge, Londra, 2007.

- *Islam and the Public Sphere: Public Reason or Public Imagination*, in L. Zucca – C. Ungureanu (ed.), *Law, State and Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas*, Cambridge University Press, New York, 2012.

BÖCKENFÖRDE E. W., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Laterza, Roma – Bari, 2010.

BOVERO M., *El concepto de laicidad*, Colección de Cuadernos “Jorge Carpizo”, Para entender y pensar la laicidad, Núm. 2, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013.

BRANDOM R., *Articolare le ragioni*, il Saggiatore, Milano, 2002.

BRUCE S., *Secularization. In Defense of an Unfashionable Theory*, Oxford University Press, 2011.

CAFFARENA J.G., *Religión*, Editorial Trotta, Madrid, 1993.

CANALE D., *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Laterza, Roma-Bari, 2018.

CANE P. – EVANS C. – ROBINSON Z. (eds.), *Law and Religion in Theoretical and Historical Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

CARBONELL M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

CARTER I. – GALEOTTI A.E. – OTTONELLI V. (a cura di), *Egual rispetto*, Bruno Mondadori, Milano, 2008.

CASADEVALL J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant Lo Blanche, Valencia, 2012.

CASANOVA J., *Public Religions in the Modern World*, University of Chicago Press, Chicago, 1994.

CASSESE S., “Una furiosa espansione della legge”? Spazio giuridico globale e rule of law, in «Rivista di filosofia del diritto», 1/2014, pp. 109 – 122.

CELADOR ANGÓN O., *Orígenes históricos constitucionales del principio de laicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

CELANO B., *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in «Analisi e diritto», 2004, pp. 53 – 74.

-, *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2013.

CERDIO J. – DE LARRAÑAGA P. – SALAZAR P. (coord.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, ITAM, México, 2017.

CHIASSONI P., *Lo stato laico secondo madre chiesa. Libertà religiosa e libertà di coscienza in una società liberal-democratica*, in «Ragion pratica», 28/giugno 2007, pp. 77 – 103.

-, *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili. Scritti di realismo militante*, Aracne Editrice, 2011.

CIARAMELLI F., *Dignità e unicità*, in A. Abignente - F. Scamardella (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 103 – 115.

COLAIANNI N., *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012.

COMANDUCCI P., *Sul problema della tolleranza*, in P. Comanducci – R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1993*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 249 – 259.

CONSORTI P., *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

COTTA S., *I limiti della politica*, il Mulino, Bologna, 2002.

DALLA TORRE G. (ed.), *Lessico della laicità*, Studium, Roma, 2007.

DAVIE G., *Thinking Sociologically about Religion: A Step Change in the Debate?* in A. McKinnon – M. Trzebiatowska (ed.), *Sociological Theory and the Question of Religion*, Ashgate, Farnham, 2014.

DE GREGORIO L. – RODRÍGUEZ BLANCO M., *Fede, identità religiosa e formazione universitaria nel caso «Leyla Sabin c. Turchia»* in R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012 cit., pp. 259 – 292.

DEL BÒ C., *La neutralità necessaria. Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, Edizioni ETS, Pisa, 2014.

DICIOTTI E., *Limiti ragionevoli delle libertà: un quadro concettuale*, in «Ragion pratica», 1/2003, pp. 111 – 148.

DINI V., (a cura di), *Tolleranza e libertà*, Elèuthera, Milano, 2001.

DUNCAN S., "Thomas Hobbes", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Summer 2017 Edition), Edward N. Zalta(ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/hobbes/>>.

DURANTI M., *The Conservative Human Rights Revolution. European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2017

DURISOTTO D., *Istituzioni europee e libertà religiosa. CEDU e UE tra processi di integrazione europea e rispetto delle specificità nazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016.

DWORKIN R., *L'impero del diritto*, il Saggiatore, Milano, 1989.

-, *Cosa sono i diritti umani?*, in «Ragion pratica», 2/2007, pp. 469 – 482.

-, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Feltrinelli, Milano, 2007.

-, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 2010.

-, *La giustizia in toga*, Laterza, Roma – Bari, 2010.

-, *Giustizia per i ricci*, Feltrinelli, Milano, 2013.

-, *Religione senza Dio*, il Mulino, Bologna, 2014, p. 91.

DZEHTSIAROU K., *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, 2015.

EVANS M.D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

-, *Freedom of Religion and the European Convention on Human Rights: approaches, trends and tensions*, in P. Cane – C. Evans – Z. Robinson (eds.), *Law and Religion in Theoretical and Historical Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 291 – 315.

-, *Manual sobre el uso de símbolos religiosos en lugares públicos*, Laoconte editorial, Pamplona, 2010.

FABBRI E., *Roberto Bellarmino e Thomas Hobbes. Teologie politiche a confronto*, Aracne, Roma, 2009.

FABRA ZAMORA J.L. – GARCÍA JARAMILLO L. (coord.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México.

FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto. Antichità e medioevo*, Laterza, Roma-Bari, 2016.

FELICE D., *Introduzione a Montesquieu*, Clueb, Bologna, 2013.

FERRAJOLI L., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», vol. 55, n. 3/2010, pp. 2771 – 2816

-, *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

FERRARI S., *La libertà religiosa nell'epoca della diversità*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», n.1, aprile 2018, pp. 283 – 293.

FERRARI V., *Funzioni del diritto*, Laterza, Roma – Bari, 1987.

FERRY L. –GAUCHET M., *Le religieux après la religion*, Grasset, Paris, 2004.

FORST R., *Critica dei rapporti di giustificazione. Prospettive di una teoria politica critica*, Trauben, Torino, 2013.

GALEOTTI A.E., *Rispetto come riconoscimento. Alcune riflessioni politiche*, in I. Carter – A.E. Galeotti – V. Ottonelli (a cura di), *Egual rispetto*, Bruno Mondadori, Milano, 2008.

GALLIE W.B., *Essentially Contested Concepts*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», vol. 56 (1955 – 1956), pp. 167 – 198.

GAMPER D., *Laicidad europea. Apuntes de filosofía política postsecular*, Edicions Bellaterra, Barcellona, 2016.

GARCÍA AMADO J.A., *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*, in F. Mantilla Espinosa (coord.), *Controversias constitucionales*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

GARZÓN VALDÉS E., *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofia morale e politica*, il Mulino, Bologna, 2003.

GERARDS J., *The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights*, in «Human Rights Law Review», 13 (2013), pp. 99 – 124.

-, *The European Court of Human Rights*, in A. Jakab – A. Deyre – G. Itzcovich, *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 237 – 276.

GIANFORMAGGIO L., *Il male da tollerare, il bene da tollerare, l'intollerabile*, in P. Comanducci – R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1993*, Giappichelli, Torino, 1993.

GINER S., *Religion civil*, in «Revista Española de Investigaciones Sociológicas», n. 61, a. 1993, pp. 23 – 55.

-, *El porvenir de la religión. Fe, humanismo y razón*, Herder, Barcellona, 2016.

GONZÁLEZ MALDONADO M.A., *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*, Editorial Liber Iuris Novum, México, 2011.

GREER S. – WIDHABER L., *Revisiting the Debate about 'constitutionalising the European Court of Human Rights'*, in «Human Rights Law Review», 12/2012, pp. 655 – 687.

GUASTINI R., *La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento giuridico*, in «Ragion pratica», 11/1998, pp. 185 – 206.

-, *Interpretare e argomentare*, Giuffré, Milano, 2011.

GUAZZAROTTI A., *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un’unione sempre più stretta*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 1/2016, pp. 381 e ss.

GUTIÉRREZ-MARTÍNEZ D., *Laicidad y Multiculturalismo*, Colección de Cuadernos “Jorge Carpizo”, Para entender y pensar la laicidad, Núm. 19, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013.

GUTMANN T., *Secolarizzazione del diritto e giustificazione normativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016.

HABERMAS J., *Storia e critica dell’opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1971.

-, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano, 1996.

- *Tra scienza e fede*, Laterza, Roma – Bari, 2008.

HABERMAS J.– C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 2008

HART H.L., *The Concept of Law*, Clarendon University Press, Oxford, 1961.

HIERRO L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

HUME D., *Sulla religione e i miracoli. Sulla provvidenza e il male*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

IGLESIAS VILA M., *Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*, in «DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho», 23 (2000), pp. 77 – 104.

IKUENOBE P., *On the Theoretical Unification and Nature of Fallacies*, in «Argumentation», 18/2, pp. 189 – 211.

JAKAB A. – DYEUVRE A.– ITZCOVICH G., *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

JOAS H., *Abbiamo bisogno della religione?*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010.

KANT I., *La religione entro i limiti della sola ragione* (1793), Laterza, Roma-Bari, 2004.

-, *Sette scritti politici liberi*, a cura di M. C. Pievatolo, Firenze University Press, Firenze, 2011.

KRYGIER M., *Inside the Rule of Law*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1/2014, pp. 77 – 98.

LABORDE C., *State paternalism and religious dress code*, in *International Journal of Constitutional Law [ICON]*», 2/2012, pp. 398 – 410.

LABORDE C. – BARDON A., *Religion in Liberal Political Philosophy*, Oxford University Press, 2017.

LANZILLO M. L., *Tolleranza*, il Mulino, Bologna, 2002.

LAPORTA F., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

LARMORE C., *The Autonomy of Morality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

LECALDANO E., *Senza Dio*, il Mulino, Bologna, 2015.

LEITER B., *Explaining Theoretical Disagreement*, in «The University of Chicago Law Review», 76/2009, pp. 1215 – 1250.

-, *Perché tollerare la religione?*, Edizioni Ariele, Milano, 2016.

LESSAY F., *Hobbes/Locke: dalla tolleranza negativa alla tolleranza positiva*, in V. Dini (a cura di), *Tolleranza e libertà*, Elèuthera, Milano, 2001, pp. 67 – 85.

LETSAS G., *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in «Oxford Journal of Legal Studies», vol. 26, No. 4 (2006), pp. 705 – 732.

-, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

-, *The Irrelevance of Religion to Law*, in C. Laborde – A. Bardon, *Religion in Liberal Political Philosophy*, Oxford University Press, 2017.

LÉVINAS E., *Totalità e infinito. Saggio sull'esteriorità*, Jaka Book, Milano, 2016.

LIFANTE VIDAL I., *La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción a partir de los casos*, in «Jueces para la democracia», 36/1999, pp. 41-46.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ D., *Laicidad, sistema de acuerdos y confesiones minoritarias en España*, in «Revista catalana de dret públic», núm. 33, 2006, pp. 71 – 112.

LUCKMANN T., *La religione invisibile*, il Mulino, Bologna, 1969.

LUQUE SÁNCHEZ P. – RATTI G.B. (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

LUQUE SÁNCHEZ P. – SCAMARDELLA F. (a cura di), *Gli argomenti del costituzionalismo. La tensione tra etica e diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

LUTHER J., *Il crocifisso come simbolo religioso, culturale e politico alla luce delle costituzioni*, in G. E. Rusconi (a cura di), *Lo Stato secolarizzato nell'età post-secolare*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 275 – 311.

MACCORMICK N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.

-, *Who's Afraid of a European Constitution?*, Imprint Academic, Exeter, 2005.

-, *Constitución supranacional: la distinción entre la constitución formal y la constitución material*, in J.L. Fabra Zamora – L. García Jaramillo (coord.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México.

MACCORMICK N. – WEINBERGER O., *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Kluwer, Dordrecht, 1986.

MACLURE J., *L'accomodamento ragionevole e la concezione soggettiva della libertà di coscienza*, in «Iride», fasc. 2, agosto 2012, pp. 349 – 367.

MACLURE J. – TAYLOR C., *Secularism and Freedom of Conscience*. Harvard University Press, 2011.

-, *La scommessa del laico*, Laterza, Roma – Bari, 2013.

MACRÌ G. – ANNICCHINO P. (a cura di), *Diritto, religione e politica nell'arena internazionale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2017.

MADERA A. – MARCHEI N., *Simboli religiosi «sul corpo» e ordine pubblico nel sistema giuridico turco: la sentenza «Abmet Arslan e altri c. Turchia» e i confini del principio di laicità*, in R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 117- 145.

MAGNI S.F., *Che cos'è il relativismo morale?*, Carocci Editore, Roma, 2015.

MANCINA C., *Uso pubblico della ragione e ragione pubblica: da Kant a Rawls*, in «Diritto&QuestioniPubbliche», n. 8/2008, pp. 33 – 61.

MANCINI S., *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle Corti*, in «Giurisprudenza costituzionale», 5/2009, pp. 4055 – 4083.

-, *Patriarchy as the exclusive domain of the other: The veil controversy, false projection and cultural racism*, in «International Journal of Constitutional Law [ICON]», 2/2012, pp. 411 – 428.

MANTILLA ESPINOSA F. (coord.), *Controversias constitucionales*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

MARDONES J.M., *Secularization* in J.G. Caffarena, *Religión*, Editorial Trotta, Madrid, 1993.

MARTÍN-SANCHEZ I., *Margen de apreciación nacional y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in «Derecho y Religión», vol. IX, a. 2014, pp. 11-36

MARTINO P., (a cura di), *I giudici di common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2014.

MARTÍNEZ ZORRILLA D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

MAZZARESE T. (a cura di), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 157 – 188.

MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012.

MCKENZIE G., *Interpreting Charles Taylor's Social Theory on Religion and Secularization. A Comparative Study*, Springer, 2017.

MCKINNON A. – TRZEBIATOWSKA M. (ed.), *Sociological Theory and the Question of Religion*, Ashgate, Farnham, 2014.

MELIDORO D., *Multiculturalismo. Una piccola introduzione*, LUISS University Press, Roma, 2015.

MEYER S.J., *The Constitutional Potential of the European Court of Human Rights*, in «NUJS Law Review», 5/2012, pp. 207 – 217.

MENDONCA D., *Conflicto y balance de derechos*, in J. Aguiló Regla – P.P. Grández Castro, *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Palestra Editores, Lima, 2017, pp. 171 – 203.

MICHELSON G.E. (ed.), *Kant's Religion within the Boundaries of Mere Reason. A Critical Guide*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

MORESO J.J., *Atienza: dos lecturas de la ponderación*, in J. Aguiló Regla – P.P. Grández Castro, *Sobre el razonamiento judicial Una discusión con Manuel Atienza*, Palestra Editores, Lima, 2017, pp. 205 – 219.

MORONDO TARAMUNDI D., *El principio de laicidad y el principio antidiscriminatorio en la discusión sobre la libertad religiosa*, in «Diritto&Questioni pubbliche», n. 13/2013, pp. 587 – 619.

-, *To Discriminate to Fight Discrimination. Paradox or Abuse?*, in S. Smet – E. Brems, *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 112 – 129.

NALIN E., *I Protocolli n. 15 e 16 della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo* in P. Martino (a cura di), *I giudici di common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 119 – 150.

NATOLI S., *La salvezza senza fede*, Feltrinelli, Milano, 2007.

NEGRO R., *Estado y conciencia: una perspectiva histórica*, in M. Ayuso, *Estado, ley, conciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 37 – 44.

NEUMANN U., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, in «Ars Interpretandi», 1/2010, pp. 49 – 70.

NEWMAN J.H., *A letter to His Grace the Duke of Norfolk*, C.P.S. (New York), 1875.

NINO C.S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.

-, *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.

-, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2013.

-, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho* (1994), Siglo Veintiuno Editores Argentina, Buenos Aires, 2014.

NITRATO IZZO V., *Il giudice di fronte ai casi tragici*, in U. Pomarici (ed.), *Il diritto come prassi. I diritti fondamentali nello stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, pp. 163 – 186.

-, *Beyond Consensus: Law, Disagreement and Democracy*, in «International Journal for the Semiotics of Law», vol. 25, No. 4, 2012, pp. 563 – 575.

NOBLES R. – SCHIFF D., *The Emperor's New Clothes*, in «The Modern Law Review», vol. 70, No.1, (Jan. 2007), pp. 139 – 160.

NORRIS P. – INGLEHART R., *Sacred and Secular. Religion and Politics Worldwide*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

NUSSBAUM M., *Libertà di coscienza e religione*, il Mulino, Bologna, 2009.

OLLERO TASSARA A., *Religión, racionalidad y política*, Comares, Granada, 2013.

OMAGGIO V., *Il rule of law e la legalità globale*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1/2014, pp. 65 – 76.

PADOVANI U.A., *La formazione ideale del laicismo* in «Rivista Internazionale di Scienze Sociali», Serie III, vol. 7, fasc. 5, settembre 1936, pp. 460-471.

PAJNO S., *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Giappichelli, Torino, 2013.

PAPADOPULOS I.S., *Interpretazione artistica ed ermeneutica giuridica. Variazioni su un tema di Ronald Dworkin*, in «Rivista di diritto civile», parte I, 1998, pp. 221 e ss.

PAROLARI P., *Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: il “dialogo” tra le corti nel disordine delle fonti*, in «Diritto&Questioni Pubbliche», XVII, 2017/ 1(giugno) 2017, pp. 31 – 58.

PASTORE B., *Condizioni di laicità* in «Ragion Pratica», 28 giugno/2007.

-, *Impegni ermeneutici: il diritto e le tensioni del pluralismo culturale* in «Ars Interpretandi», 1/2012.

-, *Introduzione: una teoria integrata del diritto*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1/2014, pp. 7 – 18.

PATTERSON D., *Disaccordo teorico e interpretazione*, in «Ars Interpretandi», 1/2009, pp. 65 – 78.

PECES BARBA G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

PECZENIK A., *On Law and Reason*, Springer, Dordrecht, 1989.

PERELMAN C., *Teoria e pratica dell'argomentazione. Antologia degli scritti*, Rubettino, 2005.

PERELMAN C. – OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino, 2001.

PINO G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Ragion Pratica» 28/ giugno 2007, pp. 219 – 273.

-, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008.

-, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in «Diritto&QuestioniPubbliche», n. 11/2011, pp. 75 – 110.

-, *Libertà religiosa e società multiculturale*, in T. Mazzaresse (a cura di), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 157 – 188.

-, *Sulla rilevanza giuridica e costituzionale dell'identità religiosa*, in «Ragion Pratica», 45/dicembre 2015, pp. 369 – 383.

PINO G.– VILLA V. (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, il Mulino, Bologna, 2016.

PLANTIN C., *La argumentación*, Editorial Ariel, Barcellona, 1998.

POMARICI U., (ed.), *Il diritto come prassi. I diritti fondamentali nello stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

-, (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto. Vol. II*, Giappichelli, Torino, 2012.

POMIAN K., *Illuminismo e illuminismi* in «Rivista di filosofia», fasc. 1, aprile 2005, pp. 13 – 31.

PRIETO SANCHIS L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013.

- PRODI P., *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori*, il Mulino, Bologna, 2000.
- , *Dalle secolarizzazioni alle religioni politiche*, in G.E. Rusconi, *Lo stato secolarizzato nell'età post-secolare*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 55 – 92.
- RAMIREZ LUDEÑA L., *Los desacuerdos en el derecho*, in «Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho», 35(2012), pp. 126 – 155.
- RAWLS J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993.
- RAZ J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- REDONDO M.C., *Sull'incorporazione della morale nel diritto*, in P. Luque Sánchez – F. Scamardella (a cura di), *Gli argomenti del costituzionalismo. La tensione tra etica e diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 85 – 99.
- RICCA M., *Diritto e religione: per una sistematica giuridica*, Cedam, Padova, 2002.
- RIZZI L., *Religione civile e laicità in Rousseau*, in «Il Politico», anno LXI, n.3, a. 1996, pp. 443 – 462.
- RIZZI M., *La secolarizzazione debole. Violenza, religione, autorità*, il Mulino, Bologna, 2016.
- RÓDENAS A., *¿Son absolutos los derechos humanos? El desafío de los principios institucionales*, in «DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho », Edición especial (2017), pp. 211 – 216.
- RODRÍGUEZ BLANCO M., *Il principio di laicità in Spagna* in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», gennaio 2011, pp. 1 – 20.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA J., *Laicidad y discriminación*, Colección de quaderno “Jorge Carpizo”, Para entender y pensar la laicidad, n. 18, Instituto de investigaciones jurídicas, Mexico, 2013.
- RORTY R., *Religion As Conversation-Stopper*, in ID., *Philosophy and Social Hope*, Penguin, New York, 1999, pp. 168 – 174.

- ROSEN M., *Dignità. Storia e significato*, Codice edizioni, Torino, 2013.
- ROSENFELD M., *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, Routledge, London and New York, 2010.
- RUIZ MIGUEL A., *Los derechos humanos como derechos morales*, in «Anuario de Derechos Humanos», 6/1990, pp. 149 e ss.
- , *Laicidad y Constitución*, Collección de Cuadernos “Jorge Carpizo”, Para entender y pensar la laicidad, Núm. 8, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013.
- RUIZ MIGUEL A. – NAVARRO-VALLS R., *Laicismo y Constitución*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- RUIZ MIGUEL A. – VILLAVICENCIO MIRANDA L., *Estado y religión. Una justificación liberal de la laicidad neutral*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 102, septiembre – diciembre (2014), pp. 93 – 126.
- RUSCONI G.E., (a cura di), *Lo stato secolarizzato nell'età post-secolare*, il Mulino, Bologna, 2008.
- SALAZAR UGARTE P., *Laicidad y democracia constitucional*, in «Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho», No. 24/ Abril 2006, pp. 37 – 49.
- SAUCA J.M. (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2015
- SAVONA P.F., “*Sulla dignità violata*”. *Per un'etica del concreto*, in A. Abignente – F. Scamardella (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 37 – 57.
- SBAILÒ C., *I diritti di Dio. Una sfida ai fondamenti epistemologici della secolarizzazione* in G. Macrì – P. Annicchino (a cura di), *Diritto, religione e politica nell'arena internazionale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2017.
- SCHMIDT T.M., *Discorso religioso e religione discorsiva nella società postsecolare*, Trauben, Torino, 2009.

- SCHMITT C., *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di C. Galli, Giuffrè, Torino, 1986.
- SCHABAS W.A., *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- SEARLE J.R., *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Bollati Boringhieri, 2009.
- SENDEN H.C.K., *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Intersentia, Antwerp, 2011.
- SMET S., *Conflicts between Human Rights and the ECtHR*, in S. Smet – E. Brems (eds.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights Conflict or Harmony?*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 38 – 57.
- SMET S. – BREMS E. (eds.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- SPINOZA B., *Tractatus theologico-politicus*, trad. it. di G. Durante, Bompiani, Milano, 2007.
- STAFFER D., “Of Religion” in Hobbes’s Leviathan, in «The Journal of Politics», Vol. 72, No. 3, July 2010, pp. 868 – 879.
- STARCK C., *Raíces históricas de la libertad religiosa moderna*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», a. 16, Num. 47, Maggio-Agosto 1996.
- STONE SWEET A., *The European Convention on Human Rights and National Constitutional Reordering*, in «Cardozo Law Review», 33/2012, pp. 1859 – 1868.
- SUMMERS R.S., *Two Type of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification*, in «Cornell Law Faculty Publications», 6-1978, pp. 707 – 787.
- TAYLOR C., *Modern Social Imaginaries*, Duke University Press, Durham, 2004.
- , *L’età secolare*, Feltrinelli, Milano, 2009.
- TÉLLEZ J.A., *La libertad de conciencia e de religión. Una apelación a nuestro presente histórico*, in M. Ayuso, *Estado, ley, conciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo. Itinerari giurisprudenziali*, Edizioni ETS, Pisa, 2018.

TROTTER S., *'Living Together', 'Learning Together', and 'Swimming Together': Osmanoglu and Kocabaş v. Switzerland (2017) and the Construction of Collective Life*, in «Human Rights Law Review», 18/2018, pp. 157 – 169.

TULKENS F., *Questioni teoriche e metodologiche sulla natura e l'oggetto delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 87 – 102.

VAZ FERREIRA C., *Lógica viva*, Losada, Buenos Aires, 1962.

VEGA REÑON L., *Si de argumentar se trata*, Montesinos, 2003.

VENTURA M., *Conclusioni. La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi*, in R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 293 – 362.

VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, Giuffrè, Milano, 2000.

VIGO R.L., *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1984.

VILLA V., *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza costruttiva*, Giappichelli, Torino, 2017.

VIOLA F., *Il diritto come pratica sociale*, Jaka Book, Milano, 1990.

-, *Pluralismo e tolleranza* in G. Dalla Torre (ed.), *Lessico della laicità*, Studium, Roma, 2007.

VOLTAIRE, *Scritti politici*, Torino, Utet, 1964.

WADE S.L., *‘Living Together’ or Living Apart from Religious Freedoms? The European Court of Human Right’s Concept of ‘Living Together’ and Its Impact on Religious Freedom*, in «Case Western Reserve Journal of International Law», 50(2018), pp. 411- 435.

WALDRON J., *Rights in Conflict*, in ID., *Liberal Rights: Collected Papers 1981 – 1991*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.

-, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999.

-, *Dignity, Rank and Rights*, in «The Tanner Lectures on Human Values», Oxford University Press, 2012.

WEBER M., *Il lavoro intellettuale come professione. Due saggi*, Einaudi, Torino, 1966.

WEILER J.H.H., *Un’Europa Cristiana. Un saggio esplorativo*, Rizzoli, Bologna, 2003.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge, diritto, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992

-, *Scambiarsi la veste. Stato e chiesa al governo dell’uomo*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

ZANON N., *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione in Quaderni costituzionali/ a. XXXV, n. 4, dicembre 2015.*

ZEMMIN F. – JAGER C. – VANHEESWIJCK G. (eds.), *Working with A Secular Age. Interdisciplinary Perspectives on Charles Taylor’s Master Narrative*, Walter De Gruyter, Berlin/Boston, 2016.

ZORZETTO S., *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Edizioni ETS, Pisa, 2011.

ZUCCA L., *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

-, *A Secular Europe. Law and Religion in the European Constitutional Landscape*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

ZUCCA L. – UNGUREANU C. (ed.), *Law, State and Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas*, Cambridge University Press, New York, 2012.

