

Pur nel mutato quadro normativo di riferimento, medesima soluzione è stata data, più di recente, in casi analoghi, nell'ambito dei

ma 2 cost. della capacità delle confessioni religiose diverse dalla cattolica di dotarsi di propri statuti esclude che lo Stato possa attribuire personalità giuridica di diritto pubblico alle confessioni stesse; pertanto gli artt. 1-3, 15, 17-19, 24-30, 56-58 r.d. 30 ottobre 1930 n. 1731, che imprimono alle comunità israelitiche il carattere di enti pubblici, con conseguente penetrante ingerenza dello Stato sul modo di essere strutturale e funzionale degli enti stessi, è incostituzionale per violazione dell'art. 8 comma 2 cost.>; e statuendo, con massima determinazione, la illegittimità costituzionale - in riferimento all'art. 8, comma 2, cost., nonché al principio di laicità dello Stato ricavabile dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 cost. - degli artt. 1, 2, 15, 17, 18, 19, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 56, 57, 58 del r.d. 30 ottobre 1930 n. 1731 (così, Corte costituzionale 25 maggio 1990, n. 259, in *Giur. cost.*, 1990, 1542 e ss.). Si ricordi, peraltro, come la Suprema Corte già in precedenza aveva avuto modo di occuparsi della questione della libertà di adesione del fedele. Ci si riferisce al noto caso 'Cordero' (vd. sent. n. 195 del 1972, in *Giur. cost.*, 1973, 456 ss.). La Corte risolse il conflitto tra il professore e l'Università Cattolica affermando appunto il principio della libertà di adesione e di recedere, nel caso di 'mancato gradimento', intervenuto *in itinere*, circa i contenuti dell'insegnamento del professore, facendo, dunque, prevalere la c.d. 'libertà della scuola' sulla libertà dell'insegnante che opera all'interno della struttura educativa 'di tendenza'.

LE LAICITÀ E LE IDENTITÀ NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA ITALIANA

1. Identità, laicità, unità dell'ordine oggettivo, pluralismo possibile dei valori, autorità, neutralità del potere statale, secolarizzazione. Con simili concetti, integrati in una intrecciata relazione, è tenuto a confrontarsi chi intenda affrontare un tema di così ampia e profonda dimensione, sul quale, oggi più che in passato, vivace ed intenso è il confronto. Un tema divenuto pubblico, con comprensibili tensioni ideologiche e scontri polemici.

La complessità del concetto di laicità non deriva, dunque, soltanto dalla sua polisemia, ma, per dirla con Max Weber, dal *politeismo dei valori*. E proprio in considerazione di questo *politeismo dei valori* sembra potersi affermare l'esistenza non di una laicità, bensì di diverse laicità.

I 'valori', difatti, contribuiscono alla determinazione del concetto di 'laicità', che, oggi, ben può essere, in linea generale ed astratta, considerata simbolo e manifestazione di tolleranza e libertà, nelle accezioni più varie. In questa prospettiva, una norma può essere

definita ‘laica’ se esprime valori di tolleranza e libertà, in contrapposizione – se si vuole – alla norma ‘etica’ che, invece, stabilisce doveri di comportamento, siano essi positivi o anche soltanto negativi.

Ulteriore contributo alla configurazione del concetto di ‘laicità’ deriva dalla relazione complessa tra questa e l’altrettanto complesso concetto di ‘*secolarizzazione*’¹, che sembra, oggi, assumere particolare interesse, nella prospettiva di una più ampia lettura comparatistica, pur sempre condotta con metodo storico.

Quanto al *tempo* del concepimento del termine ‘laicità’, com’è noto, esso cade intorno alla fine del Medioevo e all’inizio dell’Età Moderna, con *la naissance de l’esprit laïque*², e con una accezione, almeno tendenzialmente, negativa e minimale, nel senso, cioè, di ‘*ciò che non è*’³.

¹ Pare utile ricordare che gli anglosassoni esprimono il concetto di laicità attraverso l’uso del termine ‘*secularism*’.

² Si ricordi, in proposito, la nota definizione proposta nell’*Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des art et des métiers*, diretta da Diderot e D’Alambert, pubblicata nel XVIII secolo, manifestazione degli ideali dell’illuminismo (si cfr. il *Discorso preliminare*).

³ Si ricordi ancora DIDEROT, ‘*Encyclopédie*’, cit., secondo cui ‘laicità’ deriverebbe dall’etimo greco *λάος*, ossia *popolo*, di derivazione ecclesiastica per indicare, appun-

sposizioni normative, queste, dichiarate, opportunamente, incostituzionali³⁵.

³⁵ La Corte cost., con due decisioni, ha dichiarato la incostituzionalità della suindicata normativa. Precisamente, con una prima decisione ha statuito che «il principio della libertà di adesione è applicabile non solo al fine della partecipazione ad un’associazione, ma anche al fine dell’appartenenza ad una confessione religiosa; pertanto, sia che la comunità israelitica venga considerata come associazione sia che venga considerata come formazione sociale, è in contrasto con gli artt. 2 e 18 cost. la norma dell’art. 4 r.d. 30 ottobre 1930 n. 1731 la quale impone all’ebreo l’obbligatoria appartenenza alla comunità israelitica prescindendo da un suo atto di adesione». Ne discende la illegittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 2 e 18 cost., dell’art. 4 r.d. 30 ottobre 1930 n. 1731, secondo cui appartengono di diritto alla comunità israelitica tutti gli israeliti che hanno residenza nel territorio di essa. Puntualizza, difatti, la Corte che «l’obbligatoria appartenenza alla comunità di un soggetto, per il solo fatto di essere “israelita” e di risiedere nel territorio di pertinenza della comunità medesima, senza che l’appartenenza sia accompagnata da alcuna manifestazione di volontà in tal senso, viola il principio di eguaglianza (art. 3 cost.) concretando una disparità di trattamento in ragione della religione e/o razza, e la libertà di aderire o non aderire (non solo ad associazioni ma anche) a formazioni sociali tutelata dagli artt. 2 e 18 cost.» (così, Corte costituzionale 30 luglio 1984, n. 239, in *Dir. eccl.*, 1984, II, 383 e ss.). Ritornata ad occuparsi della questione, con successiva decisione ha, inoltre, affermato che «il riconoscimento da parte dell’art. 8 com-

5. Nell'esaminare il concetto di laicità, e le sue ricadute operative, si è posta l'attenzione, specialmente, sul valore di questo concetto in termini di 'tolleranza'. Sempre, muovendo da fattispecie concrete di applicazione del principio, ci si soffermerà, ora, sulla sua valenza in termini di 'libertà'.

In una simile prospettiva ermeneutica, un significativo punto di osservazione è, inoltre, offerto dall'applicazione di questo principio in materia di riconoscimento della libertà di adesione del fedele, senza possibilità di imposizioni (giuridiche) derivanti per il solo fatto del luogo di residenza.

Il caso al quale si fa riferimento è quello, noto, degli 'ebrei', più precisamente, del rapporto tra la condizione di israelita e adesione alla relativa comunità. In precedenza, il r.d. n. 1731 del 1930, all'art. 1, imponeva, invece, simili adesioni, qualificando la Comunità ebraica come «corpo morale» diretto al «soddisfacimento dei bisogni religiosi degli israeliti secondo la legge e le tradizioni ebraiche». Di-

Università e Ricerca (Gelmini) nei confronti dell'affissione del simbolo della 'Lega' nelle aule scolastiche (vd., tra gli altri, *Repubblica* del 19.9.2010, in prima pagina).

Infine, si consideri pure la laicità come modalità della 'libertà', che può leggersi, così, in contrapposizione a quello di 'autorità'.

Il significato del termine andrebbe, poi, approfondito sotto il profilo antropologico⁴.

La laicità costituisce, dunque, un valore? Un baluardo di difesa avverso la relativizzazione dei valori? O, piuttosto, è il simbolo della *dittatura del relativismo*?

Ed ancora, il richiamo, da più parti, all'Unità dell'ordinamento può essere favorito dall'introduzione del principio di laicità? Ed è, quest'ultimo, pienamente compatibile con una società pluralista?

La laicità è lo strumento per impedire che una società civile torni alle crociate o alle guerre di religione o escluda la pena di morte o impedisca forme di discriminazione e di privazione di libertà?

to, chi non appartiene al clero in senso di *ordine* o *chiericato*. In tempi più recenti, per simili nozioni negative e minimali, si ricordi anche la complessa *querelle*, dottrinale e giurisprudenziale, in merito alla nozione di 'consumatore', inteso come *non professionista* e figura rappresentativa di mere istanze.

⁴Per ulteriori, opportuni, approfondimenti si rinvia a S. PRISCO, voce *Laicità*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, spec. 3335-3345 e ss.

In che modo la laicità sarebbe in grado di ‘modificare’ la concezione dell’inizio e della fine dalla stessa vita umana? O, se si preferisce, in che modo è in grado di regolamentare tali accadimenti naturali?

La laicità rappresenta, dunque, un utile strumento di governo e di organizzazione nell’ambito dei più diversi e diversificati settori dell’Ordine oggettivo?

È essa espressione di uno Stato Liberale o di una generica irreligiosità? Un portato del razionalismo e dell’illuminismo?

E, in una simile, incerta, prospettiva, le radici dell’Europa sono radici laiche?

È, dunque, utile partire dai numerosi quesiti che agitano i diversi interpreti del sistema in materia; che, poi, sono i quesiti che, comunemente, si pongono sia il legislatore, nel regolamentare i diversi atti della vita pubblica e privata, sia i Giudici nell’applicare pragmaticamente questo fluido principio, nei diversi ed eterogenei casi che, di volta in volta, emergono nella prassi: dalla nullità del matrimonio religioso alla cittadinanza, dalla filiazione alla tutela dell’embrione e della salute della donna, per giungere all’eutanasia, dall’obiezione di coscienza al crocifisso, dall’interventismo bellico alla neutralità della pace, dall’etica sociale ai limiti della scienza. E molte altre ancora so-

mette in evidenza il loro valore identitario nel senso di ‘comunità di destino’³³.

Di certo, il simbolismo laico e religioso torna oggi a giocare, nell’Occidente liberale (in Oriente, sembra potersi osservare, sia praticamente inesistente il principio di laicità, seppure con le dovute distinzioni e precisazioni) un ruolo significativo nella determinazione dei confini del principio di laicità, come, in parte, si accennava, laddove, in più occasioni, si è rilevata l’anima cattolica della laicità (come gli antichi crociati, numerosi Presidenti di Stato Occidentali legittimano se stessi alla guerra invocando la protezione divina, cui si è fatto cenno). E questo, a dispetto di chi, invece, riteneva la religione in recessione, nel senso, cioè, di un suo confinamento nell’intima sfera personale dell’individuo, e non più generale strumento di identificazione delle identità individuali e di disciplina sociale³⁴.

³³ In tal senso, vd. FERRARA, *La costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006, 3 ss., cui si rinvia per opportuni approfondimenti anche di natura bibliografica.

³⁴ Per questi rilievi, di particolare rilievo, cfr. HABERMAS, *Alleati contro il disfattismo*, in *Il Sole 24 ore*, Domenica 18.2.2007, 29. Inoltre, sotto il profilo del simbolismo laico, si considerino anche i simboli di partito. Qualche mese fa, su diversi quotidiani nazionali, è apparso il diniego del Ministro dell’Istruzione,

il Vittoriano come sepolcro del Milite Ignoto. L'art. 5, inoltre, distingue due ipotesi di vilipendio: al comma 1, quello effettuato tramite espressioni ingiuriose, punito con la multa; ed al comma 2, quello reale (danneggiamento, dispersione o imbrattamento) punito con la reclusione fino a 2 anni. Si ricordi, in questa direzione, anche la legge n. 22 del 1998 circa l'uso del Tricolore italiano e della bandiera dell'Unione europea (vd. spec. l'art. 12) ed il regolamento di attuazione d.P.R. n. 121 del 2000; nonché le disposizioni in materia di cerimonia e di precedenza tra le cariche pubbliche di cui al d.P.C. 14.4.2006, del quale si cfr. in particolare l'art. 23, 'Simboli destinatari di onori militari', l'art. 31, 'Definizione cromatica dei colori della bandiera della repubblica', l'art. 32 'Uso delle bandiere', art. 33 'Uso di insegne sulle autovetture', art. 34 'Inno nazionale'; e si aggiunga ancora l'art. 6 del TUEL, relativamente alle bandiere, gli stemmi ed i gonfaloni degli Enti locali territoriali.

In questa prospettiva ermeneutica di pacifica convivenza tra la laicità ed il simbolismo, non può neppure omettersi la citazione dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789 che, nel ribadire l'importanza dei simboli (ritenuti espressione di principi e diritti fondamentali),

no le applicazioni pragmatiche del principio di laicità⁵.

Senza, però, mai dimenticare, come è stato efficacemente osservato, che non si può «imporre di essere credenti o laici per forza di legge o di sentenza»⁶.

Neppure può evadersi il riferimento a Carl Schmitt, il quale ha messo più volte in guardia dal fatto che «ogni valore – una volta che abbia guadagnato potere su una persona – ha la tendenza ad erigersi a tiranno unico di tutto l'*ethos* umano, e ciò a spese di altri valori, anche di quelli che non gli sono diametralmente opposti»⁷. Ed in una simile prospettiva, nep-

⁵ Non sembra, difatti, essere stato un semplice caso che l'Associazione dei Costituzionalisti Italiani abbia, di recente, nel 2007, dedicato un Convegno ai *Problemi pratici della laicità all'inizio del XXI secolo*, rimarcando, nei diversi interventi, come la laicità, a dispetto della alluvionale produzione letteraria, rimanga tuttora un concetto sfuggente ed inafferrabile.

⁶ In tal senso, S. PRISCO, *Laicità, Un percorso di riflessione*, Torino, 2009, spec. 50.

⁷ Il riferimento è alla *Tirannia dei valori* (1967), trad. it., Milano, 2008, 1 e ss.: «il valore superiore ha il diritto e il dovere di sottomettere a sé il valore inferiore, e il valore in quanto tale annienta giustamente il non valore in quanto tale. È tutto chiaro e semplice, fondato sulla specificità del valutare. Appunto in ciò consiste la "tirannia dei valori", di cui a poco a poco acquisiamo consapevolezza» (spec. 60).

pure può mancare, naturalmente, il riferimento all'insegnamento di Hartmann, Heidegger, Scheler, che si tende ad opporre al *soggettivismo* ed al *nichilismo*⁸.

Ancora, rilevante è il nesso tra laicità e identità, quest'ultima intesa nel senso di radici di un popolo che si fa Nazione e si introduce nel *Genus Umanità*, facendosi proprio quell'insegnamento di Aristotele, per il quale l'uomo è un «essere vivente che, per natura, forma

⁸ In particolare N. HARTMANN, *Il problema dell'essere spirituale*, Firenze, 1965, spec. 93 ss., osserva che «i valori, nella idealità che è loro peculiare, sussistono e sono sentiti come valori indipendentemente dal fatto che siano o no realizzabili»; prosegue l'a., «l'adesione dello spirito al regno dei valori è come un legame con un altro mondo, quasi la sua disposizione ad ascoltare il richiamo che ne discende nel mondo reale, ad interpretare l'esigenza dettata dai valori». Nell'approfondire la teoria ontologica di Hartmann, C. SCOGNAMILIO, *La teoria ontologica di Nicolai Hartmann e la processualità del reale*, Edizioni di *Filosofia.it*, 2004, spec. 40 ss., rileva che «tutto ciò che appare all'essere all'umano, si presenta sempre come riferito a valori, e ciò è verificabile con la constatazione che l'uomo non desidera mai ciò che gli sembra non valere nulla; è vero invece che per ogni attività che abbia un fine, e quindi per ogni attività umana intenzionale, quale fine dipende strettamente da quello che chiameremo il "sentimento di valore"».

hanno posto in relazione *symbolon* e *diabolon*, nel senso, appunto, che il simbolo unisce i simili e divide i dissimili³².

È il caso di proporre qualche esempio di simboli ufficiali nel senso di *segni pubblici unificanti*, protetti dall'ordinamento attraverso leggi che stabiliscono sanzioni in caso di violazione: così, ad esempio, la legge n. 85 del 2006, recante 'Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione' ha riscritto il reato di vilipendio alla bandiera o ad altro emblema nazionale (vd. l'art. 5). In proposito, il sito internet ufficiale della Presidenza della Repubblica Italiana elenca i simboli repubblicani oggetto di protezione, nell'ordine: la bandiera, l'inno, l'emblema, lo stendardo presidenziale,

³² Si è fatto riferimento agli studi etimologici condotti sull'argomento, in particolare, da EDELMAN, *Gli usi simbolici della politica*, trad. it., Napoli, 1987, spec. 5 e ss.; GATTAMORTA, *Teorie del simbolo. Studi sulla sociologia fenomenologia*, Milano, 2005, ID. *Symbolon/Diabolon. Simboli, Religioni, Diritti nell'Europa multiculturale*, a cura di E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo, Bologna, 2005; TODOROV, *Teoria del simbolo*, trad. it., Milano, 1991; GEETZ, *Interpretazione di culture*, trad. it., Bologna, 1998; COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, 2006; AZZONI, *La duplice trascendenza del simbolo*; HEYER e SAINT ARNAUD, *Pluralismo, simbolo e sintono*, ID., *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano, 2006.

Ebbene, la questione del simbolismo, in una prospettiva di carattere generale, può essere posta in questi termini: il simbolo è, di per sé, espressione di identità e, di conseguenza, fonte di inevitabili contrasti ma, al contempo, anche rappresentazione di unione o, meglio, di convivenza.

In tal senso, si ricordi l'etimologia del termine simbolo, che deriva dall'etimo greco σύμβολον (dove συν è il prefisso che indica l'unione e βάλω che, si ritiene, significhi 'getto' o 'metto', di qui il mettere insieme, l'assemblare), che, poi, i Romani hanno definito con la diversa terminologia di *tessera hospitalis*: ossia, un pezzetto di coccio, diviso, in genere, in frammenti attribuiti a soggetti diversi (che non si conoscevano tra di loro) i quali, portandolo con loro, potevano riconoscersi come ospiti di una famiglia amica o quali membri di una città confederata con la propria: in sostanza il simbolo finisce con lo svolgere una funzione di identificazione e, dunque, di identità analoga a quella svolta dalla *cittadinanza*. Dunque, come è stato efficacemente rilevato il simbolo unisce e divide, nel senso cioè che unisce i simili (cioè coloro che sono portatori del simbolo) ma divide da coloro che non sono portatori dello stesso simbolo: in questa prospettiva, recenti studi

delle comunità»⁹. Di qui, l'interesse, come si vedrà, anche per alcune decisioni della Corte dei Diritti dell'Uomo in materia di laicità¹⁰.

Si ricordi, poi, anche il *primo rapporto sulla laicità in Italia*¹¹, nell'ambito del quale si è inteso registrare le diverse istanze assecondate o meno in Italia nel decennio 1991-2001 e con specifico riferimento ai settori sociali della Chiesa, della Famiglia, della Scuola e della Società Civile. Quasi a voler identificare la laicità con *quantità numeriche* di realtà sociali: il numero dei praticanti la religione; il numero dei sacerdoti; il numero delle defezioni dei religiosi; il numero dei divorzi e delle separazioni; il numero delle ore di religione e di crocifissi appesi nelle aule, la quantità di contraccettivi utilizzati e di coppie senza prole e non unite nel sacro vincolo, e così via quantificando.

⁹ Il riferimento è tratto da N. HARTMANN, *Das 'Ethos' der Persönlichkeit*, in *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofia*, Mendoza, 1949, trad. it. a cura di L. Dappiano, in <http://digilander.libero.it/voneppan/PERSON.htm>.

¹⁰ Tra le altre, ci si riferisce, in particolare, alla recente decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 3.11.2009, n. 30814/06 (in *www.olir.it*), in merito alla controversa questione dell'esposizione nelle aule scolastiche del Crocifisso, resa nel caso noto come 'Lautsi', di cui si dirà oltre.

¹¹ In *Critica liberale*, vol. XII, n. 111, gennaio 2005.

Come se la laicità costituisse un mero fenomeno di massa.

Dunque, già da queste brevi riflessioni emerge come sembrano sussistere molteplici modalità e forme di laicità e, forse, il connotato comune a queste dovrebbe essere individuato – come in parte accennato e come si approfondirà oltre – nella circostanza che la laicità dovrebbe essere, in primo luogo, simbolo di tolleranza e libertà, specialmente nell’ambito di un contesto sociale che voglia effettivamente essere multiculturale¹².

2. Inoltre, articolato è il rapporto tra la nozione di laicità e quello di laicismo.

Una distinzione, questa, che non pare del tutto implicita nel dibattito mediatico ed in quello politico.

Si rende, dunque, utile un chiarimento terminologico.

La laicità esprime, sostanzialmente, un concetto di *qualificazione*, termine ‘astratto’ nel

¹² Non ci si può esimere dal citare VOLTAIRE, *Il trattato sulla tolleranza* del 1763, e ricordare il drammatico fatto di cronaca che ne ha ispirato l’origine: un padre calvinista uccide il figlio per impedirgli di convertirsi alla religione cattolica, inscenandone il suicidio, nella cattolica Tolosa del 1761.

Una conclusione, però, può, forse, essere tratta, ossia, come si anticipava nelle pagine introduttive, la laicità è, innanzitutto, simbolo di tolleranza, e viene intesa, precisamente, come «dubbio rivolto pure alle proprie certezze, autoironia demistificazione di tutti gli idoli, anche dei propri; capacità di credere fortemente in alcuni valori, sapendo che ne esistono altri, pur rispettabili»³¹.

4. Il riferimento al caso del ‘crocefisso’ consente un utile approfondimento in relazione al simbolismo più in generale, che pur si manifesta compatibile con il principio di laicità, esistendo numerosi simboli di Stato, come si vedrà di seguito, laddove ci si soffermerà sul simbolismo laico, essendo ben noto quello religioso al quale si è fatto cenno a proposito del crocefisso.

te, nonché il bilanciamento tra garanzia del pluralismo e possibili conflitti tra una pluralità di identità religiose tra loro incompatibili». La decisione è destinata ad assumere particolare valore, anche posta in relazione alla pressoché contestuale citata decisione della *Grand Chambre* della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo del 18.3.2011.

³¹ Così, vd. C. MAGRIS, *Laicità, la grande fraintesa*, in *La storia non è finita. Etica, politica, laicità*, Milano, 2006, 26 ss.

tri)²⁹: «nel nostro ordinamento costituzionale quello della laicità dello Stato costituisce un principio supremo, idoneo – secondo la Corte costituzionale – a risolvere talune questioni di legittimità costituzionale (...). Trattasi di un principio non proclamato *expressis verbis* dalla nostra Carta fondamentale; un principio che, ricco di assonanze ideologiche e di una storia controversa, assume però rilevanza giuridica potendo evincersi dalle norme fondamentali del nostro ordinamento»³⁰.

²⁹ In argomento, cfr., tra i diversi autori, S. PRISCO, *Laicità*, cit. 29 e ss.; ID., *La laicità ed i suoi contesti storici: modelli socio-culturali e realtà istituzionali a confronto*, in *Diritto e religioni*, 1-2/2006, 301 ss.

³⁰ Si tratta di Cass., sez. un., 14 marzo 2011, n. 5924, in www.lexitalia.it. La Corte trae il principio di laicità, in particolare, dalle seguenti disposizioni costituzionali: artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione. La significativa decisione prosegue, «sul piano teorico il principio di laicità è compatibile sia con un modello di equiparazione verso l'alto (laicità per addizione) che consenta ad ogni soggetto di vedere rappresentati nei luoghi pubblici i simboli della propria religione, sia con un modello di equiparazione verso il basso (laicità per sottrazione). Tale scelta legislativa, però, presuppone che siano valutati un pluralità di profili, primi tra tutti la praticabilità concreta ed il bilanciamento tra l'esercizio della libertà religiosa da parte degli utenti di un luogo pubblico con l'analogo esercizio della libertà religiosa negativa da parte dell'ateo e del non creden-

senso cioè che pare porre «un'astrazione di secondo livello, costituita non da una regola di inclusione riferita a individui esistenti in senso fisico, chimico o biologico, ma a proprietà o relazioni che attribuiamo agli individui classificati»¹³.

Si ricordi, in proposito, la definizione proposta da Carlo Augusto Viano, per il quale 'laico' indica una *condizione* mentre con 'laicista' si indica «la disposizione di chi approva la separazione della sfera politica da quella religiosa e pretende che il potere politico protegga i cittadini dall'ingerenza del clero [...]»¹⁴.

3. Nell'ambito della Costituzione italiana, il principio della 'laicità' – definito da più parti 'super principio costituzionale', si ritiene, sia soltanto implicito, a differenza di altre democrazie occidentali¹⁵.

¹³ In questa direzione, vd. C. TALENTI, *La mala laicità e il laicismo*, in www.civiltalaica.it/documenti/talenti/malalaiclaicism.pdf.

¹⁴ C.A. VIANO, *Laici in Ginocchio*, Roma-Bari, 2006, 3 e ss. Dell'a. si vd. anche *L'inevitabile condanna di Gesù*, in *Per una riscossa laica*, Roma, 2007, 1 ss. In argomento, vd. pure G. MILIGI, *Laicismo, tra laicità e filosofia*, in www.fiilosofia.it.

¹⁵ Ci si riferisce all'Ordinamento francese, nell'ambito del quale, invece, questo principio sembra essersi af-

La laicità, intesa come ‘super principio costituzionale implicito’¹⁶, pone, in primo luogo,

fermato in maniera al quanto differente: nell’Ordine costituzionale francese, difatti, l’art. 1 Cost. esplicitamente afferma la laicità dello Stato.

¹⁶ Secondo la nota definizione di Corte cost. 12 aprile 1989, n. 203, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1333 e ss.: «non è fondata la questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 2, 3, e 19 cost., dell’art. 9 n. 2 della legge n. 121 del 1985 (ratifica ed esecuzione dell’Accordo di modificazioni, con protocollo addizionale, firmato il 18 febbraio 1984, che apporta modifiche al Concordato Lateranense, tra l’Italia e la Santa Sede, dell’11 febbraio 1929), nonché del punto 5, lett. b), n. 2 del protocollo addizionale cit., sotto il profilo che le norme denunciate, qualora non potessero legittimare la previsione dell’insegnamento religioso come insegnamento meramente facoltativo, posto al di fuori dell’orario ordinario delle lezioni, dovrebbero essere considerate lesive del principio della libertà di fede religiosa, del principio di uguaglianza, e del diritto al libero sviluppo della personalità del minore nell’ambito della scuola». A tale conclusione si giunge in considerazione del fatto che «l’art. 9 punto 2 l. 25 marzo 1985 n. 121, che ratifica le modificazioni al concordato con la Santa Sede, e il punto 5 lett. b) n. 2 del protocollo addizionale prevedono che l’insegnamento della religione cattolica (che lo Stato è tenuto ad assicurare) è facoltativo per gli studenti e per le loro famiglie; pertanto, l’art. 9 punto 2 (*recte* numero 2) legge n. 121 e l’art. 5 (*recte* punto 5) lett. b del protocollo addizionale cit. non sono in contrasto con gli artt. 2, 3 e 19 cost. in quanto non impongono a coloro

Dall’esame delle decisioni giurisprudenziali, alle quali si è fatto riferimento, sembra scaturire la distinzione dottrinale tra ‘laicità per addizione’ (cioè ammissione ed esposizione di tutti i simboli) e ‘laicità per sottrazione’ (ammissione di alcuni simboli ed esclusione di al-

rifiuto). E, più, di recente, al caso noto come ‘Tosti’, che ha ad oggetto la sopravvenuta rimozione, ad opera del Consiglio Superiore della Magistratura, di un magistrato per essersi rifiutato di tenere udienze in aule giudiziarie nelle quali era esposto il simbolo cristiano del Crocefisso. Per ulteriori approfondimenti, si ricordi l’articolo apparso sul *Corriere della sera* del 20.1.2010, in www.corrieredellasera.it. Rimozione confermata dalle Sez. Un. della Corte di Cassazione, con la decisione del 14.3.2011, n. 5924, in www.lexitalia.it, citata nel testo: «è legittima la sanzione disciplinare della rimozione irrogata dalla Sezione disciplinare del CSM nei confronti di un magistrato, ai sensi dell’art. 18 del R.D. n. 511 del 1946 e degli artt. 1, e art. 2, lett. n ed r. del d.lgs. n. 109 del 2006, perché in violazione dei doveri istituzionali e professionali di diligenza e laboriosità, con grave e reiterata inosservanza delle disposizioni relative alla prestazione del servizio giudiziario, si è sottratto all’attività giurisdizionale, che era chiamato a svolgere, astenendosi dalla trattazione di 15 udienze nonché di altre 4 udienze, per la presenza di un crocefisso nelle aule del Tribunale (nella specie tale condotta era persistita nonostante la messa a disposizione da parte del presidente del Tribunale di un’aula priva di simboli religiosi».

A tal riguardo, e rinviando per ogni opportuno ed ulteriore approfondimento ai percorsi seguiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, appare equilibrato proporre le tre diverse soluzioni, astrattamente ipotizzabili, appunto in nome della laicità: la prima è l'esclusione di ogni simbolo religioso; la seconda è l'ammissione di ogni simbolo religioso; ed infine, la terza lascia all'autonomia dell'amministrazione scolastica ogni decisione in merito, nell'ambito di una reinterpretazione dell'art. 117 Cost.

Nella proposta prospettiva ermeneutica, assumono, inoltre, particolare significato, le diverse decisioni in merito alla giustificazione dell'omissione di atti di ufficio da parte del pubblico funzionario in presenza di simboli sacri o religiosi²⁸.

teressa, non all'unanimità, ma con quindici voti; ed inoltre, seguono separate opinioni da parte di alcuni Giudici, con una *dissenting opinion*.

²⁸ Ci si riferisce alla decisione della Cass. pen., sez. IV, n. 439 del 2000, in *Riv. pen.*, 2001, 181 e ss., che, nel caso di impiego delle aule come seggio elettorale, ha ritenuto, in nome della laicità, giustificato il rifiuto dell'ufficio di presidente o di scrutatore – e, dunque, causa di esclusione del reato – in caso di presenza di simboli sacri o religiosi (il Pretore di Cuneo, in primo grado, aveva, invece, condannato per il reato di omissione atti d'ufficio i sindacati soggetti per il suddetto

che non si avvalgono dell'insegnamento alternativo e, conseguentemente, non causano agli stessi un discriminazione ed un condizionamento della loro libertà di religione». E ciò «in quanto solo l'esercizio del diritto di avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica crea l'obbligo scolastico di frequentarlo nel mentre, per quanti decidano di non avvalersene, l'alternativa è uno stato di non obbligo». Ed inoltre, Corte cost. 14 gennaio 1991, n. 13, in *Dir. famiglia*, 1991, 865 e ss.: «è infondata, con riferimento agli artt. 2, 3, 19 e 97 cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 n. 2 dell'accordo di modificazioni, del concordato lateranense 11 febbraio 1929, tra la Santa Sede e l'Italia (Villa Madama, 18 febbraio 1984), nonché del 5, lett. b), n. 2 del protocollo addizionale, in pari data, all'accordo predetto, norme entrambe immesse nell'ordinamento giuridico dello Stato in virtù della legge di ratifica 25 marzo 1985 n. 121, nella parte in cui consentono agli studenti non avvalentisi dell'insegnamento religioso cattolico di assentarsi o di allontanarsi dalla scuola per lo spazio di tempo nel quale detto insegnamento viene impartito». In considerazione del fatto che, «il collocamento dell'insegnamento della religione cattolica nell'ordinario orario delle lezioni non comporta violazione dell'art. 2 cost., poiché l'insegnamento della religione rientra nel quadro delle finalità della scuola e va impartito con modalità compatibili con le altre discipline scolastiche; pertanto, l'art. 9 n. 2 l. 25 marzo 1985 n. 121 ed il punto 5 lett. b) n. 2 del protocollo addizionale non sono in contrasto con gli artt. 2, 19 e 97 cost.». Ne discende che, «la libertà di religione è garantita dalla scelta consentita agli studenti di avvalersi o di non avvalersi dell'inse-

difficoltà in ordine alla determinazione del suo ‘contenuto essenziale’¹⁷.

Ci si è interrogati¹⁸, difatti, se lo Stato Italiano possa o meno essere identificato effettivamente come Stato laico, proponendosi di individuare, in una sorta di scala classificatoria di ‘sette diversi gradi di intensità crescente’, le

gnamento della religione cattolica e le varie forme di impegno scolastico, presentate alla libera scelta dei non avvalentisi, non hanno alcun rapporto con la libertà di religione; pertanto, l’art. 9 n. 2 l. 25 marzo 1985 n. 121 ed il punto 5 lett. b) n. 2 del protocollo addizionale, non sono in contrasto con l’art. 3 cost. nella parte in cui, nel consentire agli studenti di avvalersi o non dell’insegnamento religioso, consentono ad essi di scegliere fra altre attività didattiche e formative, o attività di ricerca individuale con assistenza di personale scolastico, o libera attività di studio senza assistenza di personale docente, comprendente anche la facoltà di non presentarsi o allontanarsi dalla scuola». Queste significative decisioni hanno ritenuto doveroso affermare una regola di «equidistanza verso le fedi e le confessioni religiose organizzate».

¹⁷ Cfr. ancora Corte cost. 12 aprile 1989, n. 203, cit. In dottrina, vd. F. CASAVOLA, *Costituzione italiana e valori religiosi*, in *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell’esperienza giuridica contemporanea*, Torino, 1993, spec. 67 e ss.

¹⁸ In particolare, Corte cost. 12 aprile 1989, n. 203, cit.

rito l’ambito di applicazione della decisione e l’alto valore simbolico del crocefisso, la Corte, come indicato nel testo, non ritiene che la semplice e sola esposizione del crocefisso nell’aula scolastica violi i principi di libertà di educazione e di pensiero, purché sia mantenuta la libertà di scelta e non si verifichino ipotesi di ‘indottrinamento’ o ‘proselitismo’: «on the other hand, as its aim in to safeguard the possibility of pluralism in education, it requires the State, in exercising its functions with regard to education and teaching is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner, enabling pupils to develop a critical mind particularly with regard to religion in a calm atmosphere free of any proselitism»; prosegue, in maniera particolarmente significativa, la decisione, difatti, «the State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents’ religious and philosophical convictions. That is the limit that the States must not exceed (...)». Ed infine, nel motivare il rigetto dell’istanza, la Corte ha affermato che «however, it is understandable that the first applicant might see in the display of crucifixes in the classrooms of the State school formerly attended by her children a lack of respect on the State’s part for her right to ensure their education and teaching in conformity with her own philosophical convictions. Be that as it may, the applicant’s perception is not in itself sufficient to establish a breach of Article 2 of Protocol No. 1». Una motivazione, questa, meritevole di massima considerazione, ma che molto potrà far discutere, per ovvie, comprensibili ragioni. Si rilevi, infine, che la decisione è stata resa, sulla violazione dell’art. 2 del protocollo n. 1, che qui direttamente in-

religioso, che non vi è un sistema di istruzione religiosa obbligatorio e che l'educazione dei figli in base alle credenze dei genitori è comunque assicurata; niente porta a pensare che vi sia intolleranza o mancanza di rispetto per gli alunni non cristiani o non credenti. Il crocifisso, inoltre, è un simbolo "passivo", che non può avere un'influenza sugli studenti simile a quella di un proselitismo attivo o di un'attività di propaganda. La decisione sulla presenza del crocifisso nelle aule delle scuole spetta, in un'ultima analisi, allo Stato che gode, in questo senso, di un margine di apprezzamento circa l'opportunità di mantenere tale simbolo (quale espressione di una tradizione religiosa) e circa l'interpretazione del suo significato e della sua compatibilità con il principio di laicità dello Stato». La Corte fa precedere alla sua decisione due statuizioni preliminari: «57. (...) Thus it is not required in the case to examine the question of the presence of crucifixes in places other than State schools (...); e in secondo luogo, «the Court emphasises that the supporters of secularism are able to lay claim to views attaining the "level of cogency, seriousness, cohesion and importance" required for them to be considered "convictions" within the meaning of Articles 9 of the Convention and 2 of Protocol No. 1 (see Campbell and Cosans v. the United Kingdom, 25 February 1982, § 36, Series A no. 48). More precisely, their views must be regarded as "philosophical convictions", within the meaning of the second sentence of Article 2 of Protocol No. 1, given that they are worthy of "respect" in a "democratic society", are not incompatible with human dignity and do not conflict with the fundamental right of the child to education». Dunque, chia-

differenti, talvolta contrapposte, letture del principio di laicità¹⁹.

Orientamento, questo, condiviso ed affermato anche in materia di offesa alla religione e vilipendio di fedeli e ministri di tutti i culti, e non solo di quelli appartenenti alla religione di Stato²⁰.

¹⁹ In questa prospettiva, cfr., in particolare, S. PRISCO, voce *Laicità*, cit., spec. 3335 e ss.; ID., *La laicità. Un percorso*, cit., spec. 61 e ss.; nonché, PACILLO, *Neo-confessionismo e regressione*, in www.olir.it, 2005.

²⁰ Vd. Corte cost. 14 novembre 1997, n. 329, in *Foro it.*, 1998, I, c. 26 e ss., con commento di FIANDACA, secondo cui «è costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 comma 1, e 8 comma 1 cost., l'art. 404 comma 1 c.p., nella parte in cui prevede la pena della reclusione da uno a tre anni, anziché la pena diminuita prevista dall'art. 406 c.p., sia perché, nella visione costituzionale attuale, la *ratio* differenziatrice - che ispirò il legislatore del 1930 con il riconoscimento alla Chiesa e alle religioni cattoliche di un valore politico, quale fattore di unità morale della nazione - non vale più oggi, quando la Costituzione esclude che la religione possa considerarsi strumentalmente rispetto alle finalità dello Stato e viceversa; sia perché, in attuazione del principio costituzionale della laicità e non aconfessionalità dello Stato - che non significa indifferenza di fronte all'esperienza religiosa, ma comporta equidistanza e imparzialità della legislazione rispetto a tutte le confessioni religiose - la protezione del sentimento religioso è venuta ad assumere il significato di un corollario del diritto costituzionale di libertà di re-

ligione, corollario che, naturalmente, deve abbracciare allo stesso modo l'esperienza religiosa di tutti coloro che la vivono, nella sua dimensione individuale e comunitaria, indipendentemente dai diversi contenuti di fede delle diverse confessioni; sia, infine, perché il richiamo alla cosiddetta coscienza sociale - quale criterio di giustificazione di differenze fra confessioni religiose operate dalla legge - se può valere come argomento di apprezzamento delle scelte del legislatore sotto il profilo della loro ragionevolezza, è viceversa vietato laddove la Costituzione, nell'art. 3 comma 1, stabilisce espressamente il divieto di discipline differenziate in base a determinati elementi distintivi, tra i quali sta per l'appunto la religione, e cioè che la protezione del sentimento religioso, quale aspetto del diritto costituzionale di libertà religiosa, non è divisibile. Una diversa «intensità di tutela», difatti, «inciderebbe sulla pari dignità della persona e si porrebbe in contrasto col principio costituzionale della laicità o non confessionarietà dello Stato». Il divieto di discipline differenziate, in funzione dell'elemento religioso, di cui all'art. 3, comma 1, cost., equivale a significare che «la protezione del sentimento religioso, quale aspetto del diritto costituzionale di libertà religiosa, non è divisibile. Ogni violazione della coscienza religiosa è sempre violazione di quel bene e di quel diritto nella loro interezza e tale dunque da riguardare tutti allo stesso modo, indipendentemente dalla confessione religiosa cui eventualmente si appartenga, cosicché non è possibile attribuire rilevanza, in vista della disciplina giuridica, all'esistenza di reazioni sociali differenziate». Ed inoltre, Corte cost. 29 aprile 2005, n. 168, in *Giur. cost.*, 2005, 2 e ss., secondo cui «è costituzionalmente

18.3.2011 è giunta l'attesa decisione, che, modificando il precedente orientamento²⁶, ha ritenuto compatibile con l'art. 2 del protocollo n. 1 della Convenzione la libera esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, in quanto non violerebbe né la libertà di pensiero né quella di educazione²⁷.

²⁶ Ci si riferisce alla sentenza del 3.11.2009, n. 30814/06, della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, citata nella precedente nota 24.

²⁷ Il testo della decisione della *Grand Chambre* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 18.3.2011, n.30814/06, è pubblicato in www.olir.it; se ne riporta la massima: «la presenza di un simbolo religioso, quale il crocifisso, nelle scuole pubbliche non viola il diritto dei genitori ad educare i figli in base alle proprie convinzioni religiose (art. 2 del protocollo addizionale n. 1 alla CEDU). L'esposizione del crocifisso nelle aule non comporta necessariamente un'influenza di carattere religioso sugli alunni, tale da mettere in discussione la libertà dei genitori ad educare la prole conformemente alle proprie credenze e la percezione soggettiva nei confronti del simbolo religioso non è sufficiente a dimostrare una violazione di tale libertà. Attraverso la previsione del crocifisso nelle scuole pubbliche, lo Stato italiano attribuisce una particolare rilevanza e visibilità alla religione cattolica, in forza della sua presenza storica nel Paese, ma ciò non può essere considerato un indottrinamento né una restrizione delle libertà dei genitori ex art. 2 prot. add. n. 1. Infatti, accanto alla presenza del crocifisso, occorre considerare che la scuola italiana garantisce il pluralismo

nuta, innanzi alla *Grande Chambre*, l'udienza pubblica, nell'ambito della quale si discusso ampiamente del significato del principio di 'laicità'. Alla difesa della ricorrente, il *plaidoirie* della difesa statale ha opposto i principi della libertà religiosa e dell'identità culturale e costituzionale dell'Italia in senso favorevole al diritto di esporre il Crocefisso nelle pubbliche aule. La registrazione dell'udienza pubblica è consultabile presso il sito *internet* della Corte europea; alcuni atti di causa ed alcuni comunicati stampa relativi alla questione, sono, altresì, consultabili nel sito www.olir.it. La decisione della Corte è, dunque, attesa tra qualche mese, secondo la scadenza del termine stabilito dall'art. 44 del Regolamento della Corte. Si rilevi anche come dieci Stati membri del Consiglio d'Europa hanno spiegato intervento in favore della posizione dell'Italia. Si tratta, precisamente, di Malta, Lituania, Monaco, San Marino, Federazione Russa, Bulgaria, Romania, Armenia, Grecia e Cipro. La suddetta udienza è stata preceduta da una netta e significativa dichiarazione della Presidenza della C.E.I., in data 16.6.2010, nell'ambito della quale si afferma come la «presenza dei simboli religiosi e in particolare della croce, che riflette il sentimento dei cristiani di qualsiasi denominazione», non si traduca «in un'imposizione e non ha valore di esclusione, ma esprime una tradizione che tutti conoscono e riconoscono nel suo alto valore spirituale, e come segno di una identità aperta al dialogo con ogni uomo di buona volontà, di sostegno a favore dei bisognosi e dei sofferenti, senza distinzione di fede, etnia o nazionalità».

In una simile prospettiva, un ruolo significativo svolge l'assenza, in Italia, di una legislazione *ad hoc* sull'uso dei simboli, religiosi e laici, nelle scuole pubbliche²¹, alla quale suppliscono, però, le note – alcune delle quali recentissime – decisioni delle Corti.

illegittimo l'art. 403 commi 1 e 2 c.p., nella parte in cui prevede, per le offese alla religione cattolica mediante vilipendio di chi la professa o di un ministro del culto, la pena della reclusione rispettivamente fino a due anni e da uno a tre anni, anziché la pena diminuita stabilita dall'art. 406 dello stesso codice. Le esigenze costituzionali di eguale protezione del sentimento religioso che sottostanno alla equiparazione del trattamento sanzionatorio per le offese recate sia alla religione cattolica, sia alle altre confessioni religiose, già affermate nelle sentenze n. 329 del 1997 e n. 327 del 2002, riconducibili, da un lato, al principio di eguaglianza davanti alla legge senza distinzione di religione sancito dall'art. 3 cost., e, dall'altro al principio di laicità o non-confessionalità dello Stato, che implica, tra l'altro, equidistanza e imparzialità verso tutte le religioni, valgono anche in relazione all'art. 403 c.p., il quale, nel sanzionare le offese recate alla religione cattolica mediante vilipendio di chi la professa o di un ministro del culto in modo più grave di quelle recate a culti diversi da quello cattolico, risulta connotato da una inammissibile discriminazione sanzionatoria tra la religione cattolica e le altre confessioni religiose».

²¹ A differenza, invece, della legislazione francese, che espressamente regola l'uso dei simboli nelle scuole pubbliche, nel senso di un sostanziale divieto.

Particolare valore assumono, nell'indagine qui proposta, le diverse decisioni della giurisprudenza, sia interna²² che europea – e non solo²³ –, con specifico riferimento al contro-

²² Ci si riferisce, in particolare, al caso esaminato da Trib. de L'Aquila (noto come caso 'Smith'), dinanzi al quale veniva impugnato con ricorso *ex art.* 700 cod. proc. civ., un provvedimento del dirigente scolastico con il quale veniva disposta la rimozione del crocifisso dall'aula scolastica a tutela della libertà religiosa dei bambini musulmani. L'adito Tribunale, con ordinanza del 19.11.2003, in *Pqm*, 2003, II, 71 e ss., con commento di GUASCO, decideva nel senso che «la presenza del crocifisso nell'aula di una scuola pubblica non è contraria alla legge e non costituisce lesione del diritto di libertà religiosa, bensì arredo scolastico e, come tale, rientrante nelle generali attribuzioni della p.a.».

²³ Ci si riferisce ad una significativa decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America del 28.4.2010, in www.olir.it. Il caso deriva dal ricorso avverso la decisione di appello che aveva ordinato la rimozione di una «croce da un memoriale di guerra mondiale situato nella riserva nazionale California Mojave», riformando, a sua volta, la decisione del primo Giudice, il quale, invece, aveva statuito di lasciare la croce nel luogo pubblico (nella specie, un parco nazionale). La decisione della Suprema Corte è particolarmente significativa, in quanto ha affermato che «il tribunale distrettuale non aveva valutato correttamente la decisione delle autorità pubbliche circa il trasferimento della proprietà del terreno a privati»; secondo la Corte, «tale passaggio di proprietà aveva lo

fatti, il Governo italiano ha chiesto il rinvio dell'*affaire* alla *Grand Chambre* della Corte di Strasburgo, per effetto dell'art. 43, § 1, della Convenzione e dell'art. 73, § 1, del Regolamento, ponendo la questione della *identità religiosa e culturale* dell'Italia e dell'Europa²⁵. Ed il

ed un sacrificio sproporzionati»; conclude, quindi, la decisione, «lo Stato deve astenersi da imporre credenze nei luoghi in cui le persone sono da lui dipendenti. Egli è in particolare tenuto alla neutralità confessionale nel quadro dell'istruzione pubblica dove la presenza ai corsi è richiesta senza considerazione di religione e che deve cercare di inculcare agli allievi un pensiero critico. Orbene, la Corte non vede come l'esposizione, nelle aule scolastiche delle scuole pubbliche, di un simbolo che è ragionevole associare al cattolicesimo (la religione maggioritaria in Italia) potrebbe servire il pluralismo educativo che è essenziale alla preservazione di una società democratica come la concepisce la Convenzione, pluralismo che è stato riconosciuto dalla Corte Costituzionale italiana». I Giudici di Strasburgo condannavano, altresì, lo Stato italiano al risarcimento del *dommage moral*, liquidato in euro 5.000,00 in favore della ricorrente Lautsi.

²⁵ Anche per ragioni di sintesi, si rinvia all'istanza di rimessione dell'*affaire* alla *Grand Chambre*, consultabile in www.governo.it; nonché all'intervento del Sen. Carlo Cardia, a Palazzo Chigi del 26.4.2010. In particolare, tra le diverse questioni sollevate, si contesta come la decisione dell'Alta Corte europea emessa nel caso Lautsi sembri in contrasto con la giurisprudenza pluriennale della stessa Corte. In data 30.6.2010, si è te-

riaffermare anche simbolicamente la nostra identità» (si legge ancora in parte motiva). Il caso Lautsi è, poi, giunto, dinanzi, alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che, con la citata sentenza del 3.11.2009, n. 30814/06, ha così deciso: «l'exposition de la croix aurait également méconnu la liberté de conviction et de religion de la requérante et de ses enfants, protégée par l'article 9 cedu». Secondo l'annotata decisione, dunque, «il crocifisso nelle aule scolastiche è contrario al diritto dei genitori di istruire i loro figli secondo le loro convinzioni ed al diritto dei bambini alla libertà di religione», configurando «violazione dell'articolo 2 del protocollo n° 1 (diritto all'istruzione) esaminato congiuntamente all'articolo 9 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione) della convenzione europea dei diritti dell'uomo». In sintesi, secondo la motivazione della Corte, «la presenza del crocifisso - che è impossibile non osservare nelle aule scolastiche - può facilmente essere interpretata da allievi di qualsiasi età come un segno religioso ed essi si sentiranno istruiti in un ambiente scolastico influito da una determinata religione. Questo può essere incoraggiante per allievi religiosi, ma anche perturbante per allievi di altre religioni o atei, in particolare se appartengono a minoranze religiose. La libertà di non credere in alcuna religione (inerente alla libertà di religione garantita dalla Convenzione) non si limita all'assenza di servizi religiosi o dell'insegnamento religioso: si estende alle pratiche ed ai simboli che esprimono una credenza, una religione o l'ateismo. Questa libertà merita una protezione particolare se è lo Stato che esprime una credenza e se la persona è messa in una situazione di cui non può liberarsi o soltanto accollandosi degli sforzi

verso caso dell'esposizione del 'crocifisso', dando luogo anche a complesse questioni di giurisdizione.

Un caso, in particolare, continua a suscitare ampio interesse, in ragione delle diverse decisioni intervenute, conseguenza dei diversi, complessi e talvolta contrastanti, profili della fattispecie. Ci si riferisce al caso 'Lautsi', al quale pure si è fatto cenno nelle pagine che precedono, di recentissima definizione²⁴. Di-

scopo di mantenere un memoriale di guerra, e non quello di promuovere un particolare credo religioso».

²⁴ Il caso 'Lautsi' assume interesse anche per i risvolti sulla giurisdizione. Precisamente, radicatosi innanzi al Giudice amministrativo, in considerazione dell'interferenza tra diritti soggettivi e poteri discrezionali dell'amministrazione scolastica in materia, questi (ci si riferisce alla decisione del Tar Venezia, ord. n. 56 del 2004) sollevava questione di legittimità costituzionale in relazione alle vigenti norme che impongono l'obbligo di esporre il Crocifisso alle pareti delle aule scolastiche. La Corte costituzionale, chiamata alla decisione, ha, tuttavia, dichiarato la manifesta inammissibilità della q. l. c. per la natura regolamentare delle disposizioni 'impugnate', prive, dunque, di forza di legge: «è manifestamente inammissibile la q.l.c. degli artt. 159 e 190 d.lg. 16 aprile 1994 n. 297 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), come specificati, rispettivamente, dall'art. 119 (e allegata tabella C) r.d. 26 aprile 1928

n. 1297 (Approvazione del regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare), e dall'art. 118 r.d. 30 aprile 1924 n. 965 (Ordinamento interno delle Giunte e dei Regi istituti di istruzione media), e dell'art. 676 del predetto d.lg. n. 297 del 1994, sollevata, in riferimento al principio di laicità dello Stato e, comunque, agli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 cost., dal Tar per il Veneto con l'ordinanza in epigrafe» (così, Corte cost. 15 dicembre 2004, n. 389, in *Dir. e giust.*, 2005, n. 3, 85 e ss., con commento di PUGIOTTO). La questione viene, quindi, rimessa all'esame del merito dinanzi ai giudici veneti, la cui decisione (sez. III, n. 1110 del 2005) viene confermata in Consiglio di Stato, di cui si riporta, in sintesi, la motivazione: «il principio di laicità proprio dello Stato italiano non comporta l'illegittimità delle determinazioni delle autorità scolastiche di esporre il crocefisso nelle aule di insegnamento, attesa, da un canto, la relativa indeterminatezza di contenuto di detto principio, che ha trovato differenziate realizzazioni nelle diverse nazioni e, d'altro canto, soprattutto perché il crocefisso, esposto al di fuori dei luoghi di culto e, in particolare, in ambienti educativi, non assume significato discriminatorio sotto il profilo religioso, ma rappresenta e richiama, in forma sintetica immediatamente percepibile ed intuibile (al pari di ogni simbolo), l'origine religiosa di valori civilmente rilevanti, e segnatamente di quei valori che ispirano il nostro ordine costituzionale, fondamento del nostro convivere civile, quali i valori di tolleranza, di rispetto reciproco, di valorizzazione della persona, di affermazione dei suoi diritti, di riguardo alla sua libertà, di autonomia della coscienza morale nei confronti dell'autorità, di solidarietà umana, di rifiuto di ogni discrimi-

nazione, che connotano la civiltà italiana». Ne discende che «il simbolo del crocefisso, anche per i non credenti, esprime in forma sintetica valori civilmente rilevanti, posti a fondamento del nostro ordinamento (tolleranza, rispetto dei diritti e delle libertà della persona, solidarietà, non discriminazione). Ne consegue che l'esposizione del suddetto simbolo nelle aule scolastiche, in quanto propugnazione dei suddetti valori laici, non viola il principio di laicità dello Stato (che è anch'esso principio fondamentale del nostro ordinamento)». La decisione assume particolare significato anche in relazione alla statuizione sulla giurisdizione: «quando la vertenza ha come oggetto la contestazione della legittimità dell'esercizio del potere amministrativo, ossia quando l'atto amministrativo sia assunto nel giudizio non come fatto materiale o come semplice espressione di una condotta illecita, ma sia considerato nel ricorso quale attuazione illegittima di un potere amministrativo, di cui si chiede l'annullamento, la posizione del cittadino si concreta come posizione di interesse legittimo, ancorché siano involti diritti fondamentali della persona» (si tratta di Consiglio Stato, sez. VI, 13 febbraio 2006, n. 556, in *Giur. it.*, 2007, 4, c. 836 e ss., con commento di RATTI). All'annotata decisione va, quindi, il merito di aver sottolineato la valenza polisemica del crocefisso, legando, in maniera particolarmente significativa la laicità al principio di identità nazionale, pur potendo suscitare opposte reazioni: «ai numerosi allievi extracomunitari ai quali risulta piuttosto importante trasmettere quei principi di apertura alla diversità e di rifiuto di ogni integralismo», a maggior ragione in un «momento di tumultuoso incontro con le altre culture», che rende «indispensabile

che è contrario alle pillole abortive; per finire con un'altra significativa ipotesi, quella della c.d. obiezione fiscale.

Si tratta solo di ipotesi proposte a titolo esemplificativo, al fine di porre in debita evidenza come il fenomeno dell'obiezione di coscienza sia destinato, nell'ambito di dinamiche politiche e sociali in continua e radicale trasformazione, ad acquistare dimensioni del tutto nuove ed imprevedute.

Così, il fenomeno delle obiezioni di coscienza, assume un primo rilevante valore sotto il profilo della qualificazione della situazione giuridica soggettiva sottesa all'esercizio del diritto o alla manifestazione dell'interesse. Ci si interroga, cioè, sotto il profilo della teoria generale, in ordine alla natura di detta situazione giuridica, se, cioè, di diritto soggettivo perfetto o di interesse legittimo, in particolare. Naturalmente, non mancano neppure diverse ed ulteriori proposte ricostruttive⁷³.

In una simile direzione, utile appare il riferimento alla sperimentata ipotesi dell'obiezio-

⁷³ Per una disamina delle diverse ipotesi ricostruttive della situazione giuridica soggettiva sottesa, cfr., in particolare, F. ONIDA, *Contributo ad un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza*, cit., 241 e ss.; A. PUGIOTTO, voce *Obiezione*, cit., 240 e ss.; S. PRISCO, *Laicità. Un percorso*, cit., 86 e ss.

quali è stata ribadita la necessità del gradimento da parte dell'autorità ecclesiastica³⁶. La normativa di riferimento è, com'è noto, l'Accordo di revisione del concordato del 1984 tra Italia e Santa Sede, ratificato con la l. n. 121 del 1985, ed art. 10, n. 3, del protocollo addizionale relativo all'art. 38 del concordato.

Altra applicazione particolarmente interessante del principio di laicità e di identità si rinviene nell'ambito del diritto di famiglia, Ordinamento affatto peculiare, in quanto da più parti considerato autosufficiente. La mente va ad un caso che appassionò la pubblica opinione, come sovente accade. Ci si riferisce, specificamente, alla decisione con cui la Cas-

³⁶ Ci si riferisce al caso noto come 'Lombardi Vallauri', deciso da C. di S., sez. IV, sent. 18 aprile 2005, n. 1762, in *Ius Ecclesiae*, 2005, 598 e ss., con commento di PICICHÈ. Secondo la Corte, «il gradimento dell'Autorità ecclesiastica costituisce presupposto di legittimità per la nomina di docente nell'Università Cattolica del Sacro Cuore. In virtù della specifica norma concordataria di carattere pattizio, il procedimento di nomina è sottratto al controllo di legittimità del giudice italiano, purché non travalichi i principi fondamentali e i limiti ordinamentali sanciti dalla Costituzione repubblicana». In argomento, si ricordi anche il commento di F. ONIDA, *Ultime considerazioni sul caso Lombardi c. Università Cattolica*, in www.olir.it, giugno 2005.

sazione³⁷ respinse l'opposizione effettuata *ex art. 250 del cod. civ.* da una madre italiana

³⁷ Ci si riferisce a Cass. 27 ottobre 1999, n. 12077, in *Dir. fam.*, 2001, 536 e ss. con commento di GALOPPINI. Secondo la Corte, «è infondata, in fatto e in diritto, nonché contraria all'interesse del minore l'opposizione *ex art. 250 c.c.*, della madre italiana, che ha riconosciuto per prima, al riconoscimento richiesto dall'altro genitore, peraltro alieno da gesti ed atteggiamenti prevaricatori e del tutto integrato nel tessuto socioculturale italiano, qualora l'opposizione abbia a basarsi unicamente sull'etnia e la confessione religiosa di quest'ultimo (arabo e di religione musulmana) e sul conseguente timore che la figlia, acquistando la cittadinanza tunisina e frequentando il padre, possa avere grave danno sia dalla sua sottoposizione all'ordinamento giuridico tunisino, fondato su di una concezione unitaria della religione e dello Stato sulla deteriore condizione, sotto ogni riguardo, della donna rispetto all'uomo, sia dall'integralismo religioso e politico dei musulmani; la bambina, invero, che conserva, malgrado il riconoscimento, la cittadinanza italiana, può e potrà sempre contare sulla tutela dei diritti fondamentali ad ogni persona garantita dall'ordinamento italiano, fermo restando che il principio di laicità di cui all'art. 8 cost. impedisce che ogni confessione religiosa possa essere in sé anteposta o postposta alle altre». Con massima determinazione, la Corte ha affermato che «in tema di autorizzazione al riconoscimento di figlio naturale, la mera diversità culturale, di origini, di etnia e di religione non può di per sé costituire elemento significativo ai fini dell'esclusione dell'interesse del minore all'acquisizione della doppia genitorialità.

la quale è obbligato per contratto»⁷¹; vi è, poi, il noto caso dei Testimoni di Geova – in diverse occasioni citati nel testo – che rifiutano emotrasfusioni; ancora, il caso dell'Avvocato divorzista o del Giudice 'della famiglia', che crede nell'indissolubilità del sacro vincolo matrimoniale⁷²; quello del farmacista cattolico

⁷¹ Invero, in senso contrario, nel senso, cioè, dell'inesistenza di un simile diritto, tra i rari pronunciati, vd. Trib. Milano 12 gennaio 1983. Il caso è tratto da F. ONIDA, *L'obiezione di coscienza nelle prestazioni lavorative*, in *Rapporti di lavoro e fattore religioso*, a cura di AA. VV., Napoli, 1988, 227 e ss.

⁷² Vi sono alcuni casi giurisprudenziali particolarmente significativi. Ad esempio, Trib. Avellino, ord. 4 febbraio 2003, resa in un giudizio di separazione, nell'ambito del quale il Presidente, nonostante la intollerabilità della convivenza e la chiara manifestazione della volontà di separarsi, non autorizzava i coniugi a vivere separatamente. Se ne cita un breve brano: «in questa situazione la autorizzazione a vivere separatamente costituirebbe un immeritato premio per il marito, il quale deve, invece, meditare attentamente sulle proprie iniziative e capire una volta per tutte che non basta a tutti i costi volere una separazione per poterla ottenere, visto che vi sono dei giudici cui incombe il preciso dovere di riscontrare se oggettivamente, e non per una opzione tipo ripudio, la vita comune sia divenuta intollerabile» (la decisione è tratta da G. CASABURI, *Sillabo dei principali errori sulla separazione giudiziale dei coniugi: ovvero giudici, etica di Stato, intollerabilità della convivenza*, in *Il corr. del mer.*, 2005, 12, 1245 e ss.

dell'obiezione agli interventi di interruzione della gravidanza⁶⁹ e di quella alla sperimentazione su animali⁷⁰. A queste ipotesi normative devono essere, inoltre, aggiunte, tra i numerosi ed astratti casi ipotizzabili, i seguenti: il diritto del lavoratore a «rifiutare per motivi di coscienza l'adempimento della prestazione al-

discriminazioni residue tra coloro che effettuavano il servizio militare obbligatorio e coloro che, invece, optavano per il servizio civile sostitutivo, argomentando *ex artt.* 2, 3 e 21 della Cost.

⁶⁹ Regolamentata dalla legge n. 70 del 1994. In proposito, si segnala una recente decisione del T.a.r. Puglia Bari, sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477, in www.lexitalia.it, che ha dichiarato la illegittimità di un bando di concorso per il potenziamento organico della ASL, segnatamente in relazione all'«assistenza del percorso di nascita», nella parte in cui escludeva dalla possibilità di parteciparvi medici ginecologi obiettori. Il bando, precisamente, consentiva la partecipazione solo a «specialisti non obiettori di coscienza per attività consultoriali». L'illegittimità di una simile clausola di esclusione, deriva dal contrasto della relativa scelta amministrativa con i principi di proporzionalità e ragionevolezza di derivazione comunitaria. Legittima, invece, viene considerata – per eventuali futuri bandi di concorso a tal riguardo – la scelta di prevedere una eguale riserva di posti (50 % per ciascuna 'categoria') per medici obiettori e medici non obiettori. Anche una simile soluzione 'percentuale', tuttavia, non manca di sollevare fondate perplessità.

⁷⁰ Disciplinata dalla l. n. 413 del 1993.

(che per prima aveva riconosciuto il figlio) al riconoscimento quale figlio naturale da parte del padre tunisino. La madre italiana aveva argomentato la sua opposizione «unicamente sulla etnia e la confessione religiosa del padre (arabo e di religione musulmana) e sul conseguente timore che la figlia, acquistando la cittadinanza tunisina e frequentando il padre, potesse avere grave danno sia dalla sua sottoposizione all'ordinamento giuridico tunisino, fondato su di una concezione unitaria della religione e dello Stato, sia dalla deteriore condizione, sotto ogni riguardo, della donna rispetto all'uomo, sia dall'integralismo religioso e politico dei musulmani». L'opposizione venne rigettata con la seguente motivazione: dopo aver ricordato che il «principio di laicità di cui all'art. 8 cost. impedisce che ogni confessione religiosa possa essere in sé anteposta o posposta alle altre», la Corte affermò l'esistenza di una clausola di salvaguardia attraverso il «perdurante riconoscimento alla bambina (che, naturalmente, conserva la cittadinanza italiana in

Tuttavia, il fanatismo religioso (nella specie, si trattava di genitori di nazionalità diverse) può assumere rilievo dirimente qualora si traduca in un'indebita compressione dei diritti di libertà del minore o in un pericolo per la sua crescita secondo i canoni generalmente riconosciuti dalle società civili».

aggiunta a quella tunisina, *n. di r.*) della tutela dei diritti fondamentali, ad ogni persona garantita dall'ordinamento italiano, sulla quale dunque ella può e potrà sempre contare». Evidente la sottesa complessa questione di ordine pubblico, interno e sopranazionale, particolarmente avvertita in materia di esperienza familiare.

Un'altra significativa decisione si segnala, poi, in materia di separazione personale dei coniugi con addebito, nell'ambito della quale il Tribunale³⁸, dopo aver in astratto ritenuto

³⁸ Precisamente, secondo il Tribunale, «ritenuto che ciascun soggetto, coniugato o di stato libero, con prole o senza prole, abbia piena ed illimitata libertà d'abbracciare, professare e manifestare qualsiasi confessione religiosa, essendo il nostro ordinamento ormai improntato a principi di laicità e di aconfessionalità, sicché il praticare e manifestare la propria fede nelle forme più rigorose ed integraliste, con l'unico limite dell'ordine pubblico e del buon costume, non può di per sé costituire, pur nell'opposizione del coniuge, causa di addebito della separazione, deve tuttavia ritenersi che costituisca motivo di addebito la professione di un credo religioso fonte attuale ed effettuale di gravi violazioni dei doveri coniugali e parentali: la separazione va, quindi, addebitata al marito che, privilegiando esclusivamente i doveri a lui derivanti dall'appartenenza alla religione professata, venga meno ai doveri elementari di assistenza e collaborazione verso la moglie (privata financo della 'privacy' domestica, a

to –, avendo subito, in applicazione del principio di laicità, una significativa trasformazione⁶⁷.

La riflessione non può che partire dai fenomeni di obiezione che la comune esperienza giuridica, legislativa e giurisprudenziale, pongono come utile punto di riferimento per una ricostruzione esegetica in materia.

Ebbene, si tratta, in primo luogo, dell'obiezione di coscienza al servizio militare⁶⁸, poi,

⁶⁷ Tra i diversi contributi in materia, cfr., in particolare, F. ONIDA, *Contributo ad un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza*, in *Dir. eccl.*, 1983, 241 e ss.; A. PIGIOTTO, voce *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 240 e ss.; S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza – una riflessione sullo Stato 'laico'*, Napoli, 1986, spec. 66 e ss.; e, più di recente, ID., *Laicità. Un percorso*, cit., 71 e ss. Agli autori si rinvia anche per ogni opportuno approfondimento di natura bibliografica.

⁶⁸ Risalente alla legge Pedrini n. 1033 del 1966, è stata successivamente modificata con le leggi n. 695 del 1974 e n. 1139 del 1977; e nuovamente riformata con la legge n. 772 del 1972 e n. 230 del 1998; per cadere in disuso con l'abolizione della leva obbligatoria e l'istituzione del Servizio Civile Nazionale ad opera della legge n. 64 del 2001. Com'è noto a tale ultima conclusione si è giunti attraverso alcune significative decisioni della Corte cost., che, in particolare con la sent. 19-31 luglio 1989, n. 470, in *G.U.*, I serie speciale del 9.8.1989, 74 e ss., ha provveduto a rimuovere le

controversa affermazione di un ‘diritto all’unità familiare’ – intesa nell’accezione più ampia –, tale da poter agevolare, se non favorire, l’ingresso di *partners* di cittadini italiani⁶⁶.

8. Un cenno meritano le obiezioni di coscienza – non soltanto al servizio militare, che pure ne rappresenta il paradigma di riferimen-

stentamento e/o di redditi in capo all’interessato, «a nulla rilevando – prosegue, in motivazione, il Collegio – l’argomento per cui l’interessato vive stabilmente con il padre, che provvede a soddisfare i suoi bisogni di vita».

⁶⁶ In argomento, cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e famiglie senza matrimonio*, in *Fam. e dir.*, 2010, 849 e ss. L’a. osserva, in maniera particolarmente significativa in merito alla dir. 2004/38/CE, che «il legislatore italiano (...) ha sostanzialmente riscritto nel diritto interno l’art. 3 della direttiva, operandovi però un’addizione forse arbitraria che potrebbero rendere sul punto illegittimo il recepimento della direttiva per violazione positiva dell’obbligo di recepimento. Dispone, infatti, l’art. 3 del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, che l’Italia (... “lo Stato membro ospitante”) agevola l’ingresso ed il sostegno del *partner* con cui il cittadino dell’Unione abbia una relazione stabile non solo debitamente attestata (come richiede la direttiva recepita), ma la cui attestazione sia effettuata dallo Stato del cittadino dell’Unione».

applicabile la regola del caso concreto, in nome della laicità, a qualsiasi individuo appartenente a qualsiasi religione, ha addebitato la separazione personale tra i coniugi al marito il quale viveva il rapporto coniugale e genitoriale secondo i dettami della più rigida ortodossia ebraica: il marito apparteneva al movimen-

causa della continua presenza, imposta dal coniuge, nella casa coniugale (monolocale) di correligionari di passaggio) e pretenda altresì di trasmettere al figlio un atteggiamento aprioristico di intransigenza, di intolleranza e di acritico rifiuto verso l’altrui condotta, soprattutto religiosa, impedendo in tal modo al figlio stesso di vivere ed assimilare un regolare processo di socializzazione e di temperanza (nella specie, il marito-padre aveva già prima della nozze aderito al c.d. Movimento Lubavitch, particolarmente rigoroso e totalizzante perché caratterizzato da marcata intransigenza ed intolleranza aprioristica, e connotato, all’interno del credo ebraico ortodosso, dalla più rigida ed esasperata osservanza dei precetti religiosi, che permeano e modellano, in ogni suo aspetto, soprattutto formale, l’intero stile di vita e di abitudini del credente, dagli atti più minuti della quotidianità all’aspetto esteriore ed all’abbigliamento; la moglie, militante da nubile nel c.d. Movimento Lubavitch, aveva chiesto la separazione personale a causa dell’aberrante condotta del coniuge, pur dopo avere condizionato il proprio consenso al matrimonio all’adesione del fidanzato al Movimento cit.)» (si tratta di Trib. Bologna 5 febbraio 1997, in *Dir. fam.*, 1999, 157 e ss. con commento di MALTESE).

to noto come Lubavitch «particolarmente rigoroso e totalizzante, perché caratterizzato da marcata intransigenza e intolleranza aprioristica e connotato ... dalla più rigida ed esasperata osservanza dei precetti religiosi che permeano e modellano, in ogni suo aspetto, soprattutto formale, l'intero stile di vita e le abitudini del credente, dagli atti più minuti della quotidianità all'aspetto esteriore e all'abbigliamento». Se si vuole, un dato singolare, è rappresentato dalla circostanza che a tale movimento apparteneva inizialmente e per prima la ex moglie la quale aveva condizionato il marito, all'epoca fidanzato, a farne a parte.

Evidenti appaiono le analogie tra il caso ora proposto e quello, più frequente e noto, dei 'Testimoni di Geova'. In più di una occasione si è, difatti, discusso della idoneità di un simile modello educativo, ed in particolare, nei momenti di crisi dell'unione solidale familiare³⁹.

³⁹ L'argomento è, di recente, ritornato nelle aule dei Tribunali: «in tema di separazione giudiziale dei coniugi, l'affido condiviso deve escludersi quando possa essere pregiudizievole per l'interesse dei figli minori». Nel caso esaminato, i Giudici avevano disposto «l'affido esclusivo del minore al genitore in grado di assicurargli un modello educativo predominante idoneo a garantirne un regolare processo di socializza-

della cittadinanza⁶⁵, una funzione sempre più significativa viene svolta dalla complessa e

ne, tra '*beyond identity*' (o '*identity transcendence*') e '*identity choice*', così concludendo: «nello studio del danno biologico (...) la '*identity choice*' (...) completa, ma mai surroga, la '*beyond identity*'; nella quale – direbbe Miguel de Unamuno – sta la parte nascosta del 'termometro' che misura la *humanidad* della persona».

⁶⁵ Specificamente, in materia di concessione della cittadinanza, in termini di attribuzione di *status*, è, di recente, intervenuta una significativa decisione del C. di S., sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 766, in www.lexitalia.it, che, tuttavia, può suscitare alcune fondate perplessità. Se ne riporta la massima, per quanto qui direttamente interessa: «la concessione della cittadinanza italiana, concernendo il conferimento di uno *status* di rilevante importanza pubblica, comporta valutazioni essenzialmente discrezionali, in cui l'interesse dell'istante ad ottenere la cittadinanza deve necessariamente coniugarsi con l'interesse pubblico. Lo straniero viene infatti con tale provvedimento inserito a pieno titolo nella collettività nazionale, acquisendo tutti i diritti e i doveri che competono ai suoi membri, tra i quali non assume un ruolo secondario il dovere di solidarietà sociale di concorrere con i propri mezzi, attraverso il prelievo fiscale, a finanziare la spesa pubblica funzionale all'erogazione di servizi pubblici essenziali» (in senso conforme, C. di S., sez. VI, 26 gennaio 2010, n. 282). Nella fattispecie concreta, l'istanza volta all'ottenimento della cittadinanza veniva rigettata con decreto ministeriale ritenuto legittimo sulla scorta dell'art. 9, lett. f), della l. n. 91 del 1992 e s. m. e i., che impone, come requisito, quello dell'*adeguatezza dei mezzi di so-*

gettività e della personalità giuridica⁶⁴. Ed in una simile direzione, ai fini della concessione

⁶⁴ Rinviando a quanto si dirà innanzi in merito alla complessa questione relativa all'«inizio» e alla «fine» della vita umana, in questa direzione cfr. BUSNELLI, *La persona alla ricerca dell'identità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 1, 7 ss. L'a., muovendo dal «lungo silenzio» sul tema «che ha contraddistinto il mondo del diritto», ed in un'indagine di tipo anche comparatistico, rileva, con particolare riferimento al BGB, come questo codice fosse «impegnato nel superamento delle identità personali legate alle consuetudini locali che a lungo avevano osteggiato la stessa proponibilità di un codice civile: basti pensare all'evoluzione della Scuola storica. Nel codice, finalmente varato, l'identità delle persone veniva sacrificata, nel quadro di una *Allgemeiner Teil* orientata all'astrazione della *Rechtsfähigkeit*, per assolutezzare una *Gleichheit* imperniata su una indifferenziata sudditanza allo Stato». Con riferimento all'ordinamento italiano, l'a. pone in evidenza, tra l'altro, la *ratio* (come da *Relazione* al cod. civ.) dell'introduzione nel codice del '42 delle norme sul diritto al nome, con specifico riferimento alla tutela contro l'abuso del nome; la riforma del diritto di famiglia, con specifico riferimento all'art. 147 del cod. civ., nell'ambito del quale venne eliminato il riferimento, nell'ambito dell'educazione dei figli, al «sentimento nazionale fascista» ed ai «principi morali»; nonché la riforma dell'errore sulle qualità della persona, nel passaggio normativo dal codice del 1865 a quello del '42 (il codice del 1865 riferiva genericamente di «errore nella persona». L'a., inoltre, si sofferma sulla significativa, complessa distinzione, secondo la forma anglosasso-

Due significative e recenti applicazioni del principio di laicità possono, inoltre, essere segnalate in materia, la prima, di stabilizzazione degli insegnanti di religione nell'ambito della Regione del Trentino Alto Adige, in relazione alla quale valida è stata ritenuta l'opzione normativa (della l. prov. trentina n. 5 del 9 aprile 2001), nel prevedere la stabilizzazione del personale insegnante di religione cattolica, «senza tuttavia obliterare il coinvolgimento dell'Autorità ecclesiastica nella scelta dei soggetti chiamati a ricoprire i posti destinati a quell'insegnamento»; coinvolgimento che «non contrasta con il principio di laicità dello Stato e di libertà di insegnamento dei singoli docenti, nella misura in cui rappresenta piuttosto una scelta dettata dalla necessità di individuare, nel rispetto degli accordi pattizi, il personale che abbia le attitudini per svolgere il delicato compito di insegnamento della reli-

zione, in quanto l'altro genitore per aver abbracciato una nuova religione, quella dei testimoni di Geova, si presentava destabilizzante per il minore stesso, prospettando un modello educativo tale da renderne impossibile una corretta socializzazione» (così, Trib. Prato ord. 13 febbraio 2009, in www.olir.it; in senso conforme, C. App. Roma 18 aprile 2007, in www.olir.it).

gione cattolica»⁴⁰. La seconda, più direttamente, in materia di obbligo per la Pubblica Amministrazione Scolastica di offrire insegnamenti alternativi a quello della religione cattolica, «al fine di rendere effettiva la scelta compiuta dallo studente», evitando, in tal modo, comportamenti, seppure indirettamente, discriminatori, e pur nella consapevolezza che tale scelta non pare incidere «sul carattere facoltativo dei suddetti insegnamenti»⁴¹.

⁴⁰ Di conseguenza, è stata disattesa l'eccezione di legittimità costituzionale della normativa in rilievo alla luce degli artt. 3,7, 8, 20 e 33 della Costituzione. Così, C. di S., sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2368, *www.lexitalia.it*.

⁴¹ In tal senso, vd. Trib. Padova 30 luglio 2010, in *www.olir.it*. Secondo l'annotata decisione, «la pubblica amministrazione non dispone di discrezionalità in base all'argomento per cui l'attivazione dei corsi alternativi sarebbe subordinato alla disponibilità di mezzi economici; la disponibilità economica dell'amministrazione, infatti, non influisce sulla posizione giuridica soggettiva della persona, che rimane tale pur a fronte dell'inesistenza di mezzi economici». Prosegue la decisione, «stante la nozione di discriminazione data dalle Direttive 2000/43/CE del 29.6.2000 e 2000/78/CE del 27.11.2000, recepite nell'ordinamento italiano rispettivamente con d.lgs. nn. 215 e 216 del 2003, è da considerarsi comportamento indirettamente discriminatorio la condotta di un istituto scolastico che non avendo attivato gli insegnamenti alternativi a quello di religione cattolica ha costretto

Le attuali dinamiche politiche e sociali potrebbero, dunque, manifestarsi favorevoli alla scelta meditata di una cittadinanza globale, sganciata dal dovere di fedeltà e dalla meritevolezza, in maniera tale da trasformare la categoria in termini di inclusività e accoglienza, cioè, in termini di laicità, libertà ed eguaglianza⁶³.

In una simile prospettiva di garanzie più forti per l'individuo, anche attraverso la rielaborazione del suddetto concetto di 'cittadinanza', sembra aver giocato un ruolo particolarmente significativo la rielaborazione – in atto – del concetto di 'persona' e di 'identità', in termini di estensione della capacità, della sog-

⁶³ In questa direzione, una corretta applicazione del principio di 'laicità' in relazione alla 'cittadinanza' dovrebbe indurre a rivedere la recente proposta di riforma della legislazione in materia di cittadinanza e con specifico riferimento alla questione del 'tetto del 30 %' nelle scuole italiane, con riferimento agli 'stranieri'. Come è noto la proposta di legge è già stata, in parte, rimeditata nel senso dell'esclusione dal suddetto 'tetto' degli studenti stranieri nati in Italia, da considerarsi, giustamente, del tutto eguali ai figli di cittadini italiani, aventi, quindi, eguale diritto ad istruirsi, senza discriminazione alcuna. Per un primo commento alla citata proposta di legge "Gelmini", vd. l'articolo apparso sul *Corriere della Sera*, 11.1.2010, 8, *Nessun tetto a scuola per i nati in Italia*.

soggettivo per l'attribuzione di diritti fondamentali e l'applicazione di normative⁶⁰.

Naturalmente, non mancano diverse opinioni ricostruttive. Così, a titolo esemplificativo, si ricordi come non sempre il concetto di cittadinanza venga utilizzato in opposizione a quello di sudditanza, costituendo, quest'ultima, secondo alcuni, «condizione della cittadinanza»⁶¹; e secondo un'altra concezione, meritevole di massima considerazione, il termine 'suddito', in chiave segnatamente giuridica, evocherebbe, più semplicemente, coloro che sono «soggetti del diritto», a prescindere, quindi, dallo *status* o condizione giuridica di riferimento⁶².

⁶⁰ In una simile prospettiva, utile può risultare il riferimento ad una peculiare categoria di soggetti dell'Ordinamento, ossia ai 'consumatori', nell'ambito della quale si tende ad affermare, da alcuni, una nuova accezione di *status* nel senso di cui nel testo. Per tutti, si cfr. F. RINALDI, *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di eguaglianza?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 39 e ss.

⁶¹ In tal senso, vd. J. BODIN, *Les six livres de la république*, 1576, 1 e ss., cui si rinvia per ogni opportuno ed ulteriore approfondimento.

⁶² In tal senso, Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Vienna, 1934 (trad. it.); ID., *Teoria generale del diritto e dello stato*, Cambridge, 1945 (trad. it.).

Il tema è, inevitabilmente, destinato ad ampliarsi ulteriormente, sia nella direzione di una più ampia valutazione circa la validità degli attuali percorsi formativi di studio della Religione nell'ambito dello Stato⁴²; sia nella

una alunna non avvalentesi per una parte dell'anno ad assistere all'ora di religione cattolica (condotta che integra sicuramente una lesione della libertà di religione della stessa essendo incisa la libertà di scelta di non seguire l'insegnamento religioso) e per altro periodo ad essere collocata presso una classe parallela durante l'orario nel quale nella sua classe si teneva l'ora di religione (integrando in questo caso una discriminazione rispetto ai propri colleghi che hanno potuto fruire di un apporto conoscitivo di tipo confessionale, rispondente alle proprie convinzioni religiose). L'Amministrazione scolastica è stata, di conseguenza, condannata al risarcimento del danno non patrimoniale, per effetto della «lesione di due valori costituzionali della persona (la libertà di religione ed il diritto all'istruzione)».

⁴² La significativa decisione del Tribunale di Padova, ora citata, segue un'altra recente decisione della VI sezione del Consiglio di Stato, resa nel mese di maggio del 2010 (in www.olir.it), secondo la quale vi sarebbe un trattamento preferenziale – in termini di maggiore attribuzione di crediti scolastici – in favore degli studenti che si avvalgono dell'ora di religione. Ad ogni modo, più istanze riformiste denunciano la fragilità del sistema di insegnamento, come attualmente attuato. In argomento, si cfr. M. VENTURA, *Studio della Religione e Bibbia. La scuola ha bisogno di equilibrio*, in *Corriere*

direzione della opportunità e legittimità dell'introduzione, in ambito scolastico, di ulteriori materie di insegnamento, tra le quali si ricordi il vivace dibattito in ordine alla 'educazione sessuale' nelle scuole⁴³.

Vi è, infine, da segnalare, in chiave anche comparatistica, una altra decisione che fa applicazione del principio di laicità in funzione

della sera, 24.9.2010, 56. L'a. muovendo dalla diversità dei percorsi di studio della religione (il primo, concordato tra Italia e Santa Sede nel 1984 «percorso guidato dai vescovi attraverso insegnanti di loro fiducia e perciò non obbligatorio»; il secondo, invece, «guidato dallo Stato stesso e dunque obbligatorio».

⁴³ In argomento, e precisamente sul divieto di educazione sessuale nelle scuole, è, di recente, intervenuta una decisione a sezioni unite della Corte (si tratta di Cass., sez. un., ord. 9 settembre 2010, n. 19247, in www.lexitalia.it, attribuendo al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva in merito alla domanda inibitoria «consistente nel divieto di impartire lezioni di educazione sessuale agli alunni di una scuola, investendo tale domanda il potere dell'Amministrazione in ordine all'organizzazione ed alle modalità di prestazione del servizio scolastico». La questione si poneva in questi termini: i genitori (ricorrenti) chiedevano l'inibizione di simili lezioni, affermando il proprio diritto soggettivo di genitori di educare i propri figli «senza interferenza delle strutture pubbliche». Sotto il profilo della giurisdizione, è evidente l'analogia con il caso dell'affissione del Crocefisso nelle aule, di cui si è ampiamente discusso.

rivendicazione di diritti (in particolare, civili e politici, tendenzialmente, diritti fondamentali della persona), sia di contestare trattamenti discriminatori, derivanti da situazioni di 'regime'.

In una simile direzione, la condizione di 'sudditanza' evoca situazioni politiche, sociali e giuridiche nelle quali vengono a trovarsi sia coloro che sono oppressi da una pubblica autorità, nei confronti della quale ridotte risultano le possibilità di reazione, sia coloro i quali sono oggetto di discriminazioni per effetto dell'appartenenza ad una razza o ad una ideologia politica.

Risulta, dunque, evidente la clamorosa diversità, quanto meno in chiave storica e ricostruttiva, rispetto al concetto di 'cittadinanza', di cui si è ampiamente discusso ed inteso nel senso specifico di condivisione di uno *status* (appunto, quello di *civis*). Ove si convenga, nel senso di uno *status* moderno, 'comunitario', diretto, cioè, a definire la posizione dell'essere umano rispetto ad una collettività, e non soltanto in chiave 'soggettivistico - individualistico', ovvero quale qualità essenziale dell'individuo, come pure si tende tradizionalmente a sostenere. Con la qualificazione del concetto di 'cittadinanza' ciò che preme è, difatti, rendere il *civis*, comunque, punto di riferimento

7. Rilevanti implicazioni ne deriverebbero sulla questione del rapporto tra cittadinanza, come categoria storicamente in opposizione alla ‘sudditanza’.

Comunemente, nell’ambito del linguaggio politico e giuridico, il concetto di ‘sudditanza’ viene utilizzato in opposizione a quello di ‘cittadinanza’, al fine dichiarato sia di affermare la

religiose, culturali, anche senza conoscere il contenuto delle comunicazioni». Si è, dunque, di fronte alla necessità «di collocare il tema della privacy nella dimensione costituzionale, nell’ambito di un quadro di diritti che costituiscono addirittura l’identità costituzionale di un paese». In argomento, pare il caso di segnalare, altresì, un recente provvedimento normativo in materia di *Anagrafe nazionale degli studenti* (si tratta del Decreto ministeriale del 5.8.2010, n. 74, in www.olir.it), della cui legittimità costituzionale è, forse, possibile dubitare. L’art. 3 del decreto, difatti, prevede quanto segue: «per le finalità di rilevante interesse pubblico di cui all’art. 95 del d.lgs. n. 196/2003, l’Anagrafe può contenere dati idonei a rivelare lo stato di salute, le convinzioni religiose o di altro genere e dati giudiziari indispensabili ad individuare il soggetto presso il quale lo studente assolve l’obbligo scolastico (scuole paritarie, strutture ospedaliere, case circondariali, ecc.). I tipi di dati e le operazioni eseguibili ai sensi dell’articolo 20 del d.lgs. n. 196/2003 e successive modifiche sono individuati, previo parere conforme del Garante per la protezione dei dati personali, in un atto del Ministro dell’istruzione, dell’università e della ricerca avente natura regolamentare».

antidiscriminatoria. Precisamente, si tratta di una decisione della Corte di Appello inglese resa in merito all’obbligo di portare una divisa in materia di rapporti di lavoro. Nello specifico, una *hostess* della *British Airways* lamentava una discriminazione indiretta provocata dall’obbligo imposto dalla compagnia aerea di indossare una divisa senza la possibilità di «mostrare oggetti di gioielleria né simboli religiosi» (le era stato impedito di indossare una catenina d’oro con una croce, espressione della sua religione). Con una decisione che, nell’ambito del nostro Ordinamento potrebbe essere considerata non del tutto ineccepibile, la Corte rigettò la domanda in applicazione della normativa di riferimento – *Employment Equality Regulations (Religion or Belief)* del 2003 – , per la quale non si sarebbe in «presenza di discriminazione indiretta quando lo svantaggio derivante da una norma neutra riguarda un singolo individuo e non un gruppo religioso». Secondo la citata normativa, difatti, «una discriminazione indiretta è dimostrata quando uno svantaggio sussiste non solo per il ricorrente, ma anche per il gruppo confessionale di appartenenza, fatto che non risulta dimostrato nel caso di specie». La decisione, inoltre, afferma che il divieto di indossare «ornamenti visibili», secondo il codice di ab-

bigliamento di *British Airways*, «sarebbe comunque giustificato come un mezzo proporzionato per raggiungere uno scopo legittimo, ai sensi dei regolamenti del 2003, art. 3, (1) (b) (iii)»⁴⁴.

I casi qui sinteticamente proposti, e così diversi tra di loro, danno contezza della pragmatica complessità di quello che potrebbe essere o dovrebbe essere il quadro d'insieme nell'ambito di una società multiculturale, all'interno della quale, appunto, andranno applicati i principi di laicità e di identità nei diversi settori pubblici e privati di esistenza quotidiana della comunità.

Ed in un quadro così complesso, è stata da alcuni avanzata l'ipotesi di rimettere al singolo o alla singola collettività o istituzione di *autodeterminare* la propria laicità e identità (una sorta di applicazione *domestica* del principio di autodeterminazione e di sussidiarietà, verticale ed

⁴⁴ La decisione evoca la tradizionale distinzione, nell'ambito del nostro ordinamento, tra interessi *uti singuli* ed interessi *uti socius* (la mente corre, ancora una volta, al caso degli interessi e dei diritti dei consumatori, con specifico riferimento al settore pubblicitario, nell'ambito del quale si è ampiamente discusso della legittimazione del singolo consumatore o dell'associazione di categoria). Si tratta di Corte di Appello Regno Unito del 12.2.2010, in *www.olir.it*.

Il tema, appare evidente, meriterebbe ulteriore approfondimento, se non altro in termini di relazione tra 'identità nazionale' e 'identità costituzionale'⁵⁹.

si cfr. anche G. ZINCONI, voce *Cittadinanza*, in *Lessico del linguaggio politico*, a cura di G. Zaccaria, Roma, 1999, 56 e ss.

⁵⁹ In questa sede, ci si limita a segnalare una recente decisione del *Bundesverfassungsgericht* del 2.3.2010, indicata da S. RODOTÀ, *Editoriale della Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 1, 3 e ss. La decisione analizza la problematica questione della compatibilità con la legge interna tedesca della trasposizione della direttiva europea in materia di conservazione dei dati personali: «la decisione dei giudici tedeschi riguarda direttamente le caratteristiche di quella tutela, e fa giustizia di una distinzione alla quale ci si continua a riferire nella discussione costituzionalistica italiana, quella tra dati 'esterni' e dati 'interni' delle comunicazioni, sì che soltanto questi ultimi sarebbero meritevoli della garanzia prevista per la libertà e la sicurezza delle comunicazioni dall'articolo 15 della Costituzione». L'a. critica questa impostazione, siccome «arcaica», rilevando come, al contrario, la decisione tedesca rovesci «questa impostazione», mettendo «in evidenza come la semplice conservazione di dati esterni possa violare la libertà delle comunicazioni, perché l'accumulo di queste informazioni in grande banche dati (...), la conseguente possibilità di reperirle in ogni momento e di connetterle tra loro consentono di ricostruire l'intera rete delle relazioni personali, sociali, economiche di un soggetto, le sue preferenze e i suoi stili di vita, le stesse scelte politiche,

Le diverse concezioni di cittadinanza, determinate dalle differenti epoche storiche di relativa affermazione – si ricordi, in particolare, Preuss, la cui concezione sembra meritevole di particolare considerazione – e le molteplici limitazioni del suddetto concetto, possono essere utile strumento di riflessione circa l'adozione di un 'nuovo' concetto di cittadinanza, sempre più sottratto ai limiti ed ai criteri di attribuzione tradizionali (*ius soli* e *ius sanguinis*), avuto riguardo alle continue spinte universalizzanti, come significativamente teorizzato, sino a giungersi ad una definitiva ed effettiva 'identità europea', una volta risolte le ovvie tensioni di 'identità nazionale'. In questa prospettiva di universalizzazione del concetto di 'cittadinanza' un ruolo primario svolge l'elaborazione dei diritti fondamentali: «se la cittadinanza definisce l'insieme delle condizioni necessarie perché la persona possa attingere la pienezza dei diritti fondamentali, allora essa può essere rivendicata anche oltre o contro la tradizionale logica della cittadinanza nazionale»⁵⁸.

Particolare del Prof. Shaw: *The Treaty of Lisbon and Citizenship*».

⁵⁸ Così, S. RODOTÀ, *Cittadinanza: una postfazione*, in *La cittadinanza: appartenenza, identità, diritti*, a cura di D. Zolo, Roma-Bari, 1994, spec. 319 e ss. In argomento,

orizzontale). Così, ad esempio, con specifico riferimento al caso del Crocefisso, secondo l'esposta tesi sarebbe opportuno lasciare all'autodeterminazione della singola amministrazione/comunità scolastica la scelta in merito all'esposizione o meno del simbolo o dei simboli⁴⁵.

In breve, con la stessa ipotesi si è avanzata la proposta di aggiungere alle ore di religione anche quelle di 'laicità', ossia di educare ed istruire al concetto di laicità e, pare il caso di aggiungere, anche al concetto di identità. Ed un simile obiettivo potrebbe e dovrebbe, forse, guidare auspicabili futuri interventi legislativi *ad hoc* sulla laicità in funzione di tutela antidiscriminatoria. Una forma di tutela, questa, che, in ultimo, pare essere sottesa alle diverse istanze riformiste pur presenti nell'Ordinamento, dalle decisioni delle Corti alle diverse

⁴⁵ In questa direzione sembra, difatti, seppure con le dovute precisazioni e distinzioni, muoversi sia la più recente giurisprudenza (quale quella citata nelle pagine che precedono, cui per brevità si rinvia), sia parte della dottrina, nell'ambito della quale, si cfr., in particolare, F. ONIDA, *Ultime considerazioni*, cit.; S. PRISCO, *Lai-cità*, spec. 36 e ss.; N. COLAIANNI, *Eguaglianza*, cit., spec. 195 e ss.

istanze degli interpreti del sistema, ivi comprese quelle legislative e regolamentari⁴⁶.

6. Nell'indagine sin qui condotta, sembra essere rimasto un po' in ombra un ulteriore profilo del concetto di laicità, destinato, oggi più che in passato, ad assumere speciale interesse: ci si riferisce al legame che unisce laicità, cittadinanza e identità della Nazione, al quale pure si è fatto cenno nelle pagine che precedono nell'analizzare il dibattuto caso dell'esposizione del Crocefisso nelle pubbliche aule, ed avuto riguardo specialmente alla rilevanza europea della questione.

L'argomento dell'identità in relazione alla cittadinanza, che, tradizionalmente, permea il concetto di identità nazionale, merita, però, qualche approfondimento, in considerazione delle nuove virtualità che il concetto di cittadinanza sembra aver assunto specialmente in considerazione del formarsi di una identità europea con relativa cittadinanza 'cosmopolita'.

Se laicità, come osservato, evoca identità (di valori), non lo stesso sembra, potersi, in linea generale, affermare della cittadinanza,

⁴⁶ In senso contrario, circa la non necessità di ulteriori leggi in materia, vd. LARICCIA, *Meglio la Costituzione che una legge dello Stato a garanzia dell'uguaglianza e delle libertà in materia religiosa*.

del Trattato di Lisbona⁵⁶, nell'ambito del quale la cittadinanza europea viene considerata 'aggiuntiva' a quella nazionale, diversamente dal Trattato costituzionale europeo (vd. l'art. 20), dove ha, invece, natura 'complementare'. In nessuno dei due casi, tuttavia, è 'sostitutiva'. Da una simile disciplina sembra potersi effettivamente desumere che «l'intenzione degli Stati membri sembra essere stata quella di rafforzare l'idea che la cittadinanza europea può solo *aggiungere* diritti e non può *destrarne* rispetto alla cittadinanza nazionale»⁵⁷.

⁵⁶ Il Trattato di Lisbona non sembra presentare particolari innovazioni rispetto al Trattato costituzionale del 29 ottobre 2004, che, a sua volta, ha recepito la *Carta di Nizza*.

⁵⁷ In tale direzione, cfr. la relazione provvisoria *Identità europea e cittadinanza dell'Unione*, tenuta in occasione del Convegno 'Identità europea e cittadinanza dell'Unione', Verona, 7.11.2008, dal dott. Paolo Ponzano, Consigliere principale della Commissione europea, in formato pdf, spec. 7. L'a. richiama l'attenzione sul caso 'Martinez Sala', osservando, tuttavia, come l'interpretazione proposta nel testo, non sembri condurre «ad una sostanziale differenza sul significato della cittadinanza europea. Del resto, la giurisprudenza della Corte di giustizia, dal caso Martínez Sala in poi, non ha per nulla ridotto lo *status* della cittadinanza nazionale, salvo al fine di minare la sua esclusività, per esempio estendendo i limiti territoriali del "welfare State" (vd.

zione universale non si limita a proclamare il diritto di ogni individuo ad avere una cittadinanza, ma afferma anche quello, non limitabile arbitrariamente, di mutare cittadinanza, e dunque di passare, essendovi le condizioni, dallo “statuto” di straniero a quello di cittadino. Benché per questo aspetto la Dichiarazione non sia stata ancora tradotta in norme patrizie, essa esprime una linea direttiva, che le legislazioni nazionali, e dunque anche la legge italiana, non possono ignorare»⁵³.

Ed inoltre, con riferimento al dovere di fedeltà del cittadino, al quale pure si è fatto cenno, si rileva che «il dovere di fedeltà, in un sistema fondato sulla libertà di opinione, tende a ridursi a contenuti minimi»⁵⁴.

In questa prospettiva, pare il caso di riflettere anche in ordine alla natura di legge ordinaria della legge sulla cittadinanza, da alcuni considerata una legge «materialmente costituzionale, perché definisce in concreto chi è il detentore della sovranità»⁵⁵.

Un cenno, infine, non può omettersi alla neonata ‘cittadinanza europea’, oggetto di nuova ed ulteriore regolamentazione ad opera

⁵³ Così, ONIDA, *Ultime considerazioni*, cit.

⁵⁴ Così, ONIDA, *Ultime considerazioni*, cit.

⁵⁵ Così, LIPPOLIS, *Cittadinanza*, cit., spec. 3.

che non sempre appare più essere necessariamente simbolo di identità.

Comunemente si ritiene, difatti, che il concetto di cittadinanza derivi dall’idea di ‘Stato-Nazione’, essendo, la cittadinanza, manifestazione dell’identità nazionale, nel senso, precisamente, di affermazione di valori (appunto, laici o cristiani) di una nazione. Allora, in una simile direzione, la cittadinanza può essere utile strumento di definizione di questa identità, avendo proprio la funzione di stabilire ed individuare chi appartiene al popolo di uno Stato. Essere cittadini significherebbe, quindi, «essere partecipi del potere di contribuire a determinare le decisioni rilevanti per l’intera comunità nazionale»⁴⁷, naturalmente, con relativi doveri ed obblighi.

La cittadinanza, di conseguenza, diverrebbe simbolo di *status*, le cui regole di attribuzione dovrebbero essere determinate «in relazione ai valori fondanti l’identità nazionale», che muterebbero la loro forza vincolante, piuttosto che da «astratte teorie giuridiche sull’universalità dei diritti», da «interessi con-

⁴⁷ Così, vd. LIPPOLIS, *Cittadinanza e identità nazionale*, in formato pdf, relazione tenuta in occasione del Convegno *La cittadinanza tra identità nazionale, libertà e responsabilità*, organizzato dalla Fondazione ‘Magna Carta’ in data 2.11.2009.

creti degli Stati», costituiti dalle variabili «esigenze politiche» e dalle mutabili «visioni ideologiche e culturali»⁴⁸.

Oggi, tuttavia, si assiste ad un ampliamento della definizione di cittadinanza, dal contenuto e dai connotati marcatamente universalistici: si consideri, difatti, come diritti e doveri tipici del *civis*, sulla base delle diverse carte costituzionali e delle convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo, evolutivamente interpretate dalle Alte Corti, vengono attribuiti anche ai non cittadini (ci si riferisce al caso degli apolidi), riducendosi, in tal modo, il nucleo incompressibile della cittadinanza al diritto di residenza, inteso come diritto di attraversare

⁴⁸ In questa direzione, vd. LIPPOLIS, *Cittadinanza*, cit., 1. L'a. pone, altresì, l'attenzione sulle regole di attribuzione della cittadinanza – *ius soli* ed *ius sanguinis* –, le quali, peraltro, «non sono mai applicate in maniera esclusiva, ma variamente combinate. Così, la prevalenza dell'una o dell'altra viene però a definire la concezione della cittadinanza: etnica o elettiva. La prima lega l'attribuzione della cittadinanza all'appartenenza alla medesima etnia o comunità di razza, nella visione secondo cui gli individui non sono che il prodotto della nazione. La seconda, sulla base del presupposto che la nazione non esiste se non per l'adesione dei suoi membri, esalta il momento volontaristico, di accettazione del contratto sociale connesso allo *status* di cittadino».

che essere la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, nonché la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo ed il Patto internazionale relativo ai Diritti Civili e Politici, nell'ambito delle quali sono, diversamente, affermate la libertà di emigrazione e il diritto alla cittadinanza. Documenti, questi, destinati ad assumere particolare efficacia nell'ambito di quei Paesi pervasi da regimi autoritari che, in molti casi, non ammettono la libertà di lasciare il territorio nazionale e neppure quella di modificare la cittadinanza di origine. Onida sembra, invece, individuare in essi dei «limiti alla discrezionalità dello Stato democratico che ospita il migrante nel determinare le proprie decisioni legislative in tema di immigrazione e di cittadinanza». Per quanto riguarda la libertà di emigrazione, appare, difatti, la tendenza a rilevare come questa non possa voler significare «libertà di immigrare in un altro qualunque Stato. Ogni Stato mantiene ancora il controllo pieno del proprio territorio e dei suoi confini esterni»; e «la libertà di emigrazione in tanto si può concretamente esercitare in quanto vi siano altri Stati che consentano l'emigrazione». Per quanto concerne, poi, l'attribuzione della cittadinanza del paese che ospita l'immigrato, sempre Onida osserva: «è da sottolineare del resto che la Dichiarazione

L'evoluzione, in senso comunitario ed europeo, e, quindi, le tendenze universalizzanti, giustificano pienamente, anche sotto il profilo, teorico e giuridico, la definitiva erosione del concetto di cittadinanza, provocata dall'approvazione delle Carte internazionali dei Diritti dell'Uomo, come si è significativamente osservato⁵². Punto di partenza non può

sunti i diritti civili, in particolare il diritto di voto. Essi sono modi dell'integrazione politica, ma al tempo stesso rafforzano il carattere esclusivo della condizione di cittadino. Si tratta di Paesi estremamente poveri e spesso dilaniati al loro interno, quindi si può ben comprendere una strategia di questo tipo. Ma nelle ricche nazioni industrializzate la cittadinanza non è affatto meno esclusiva. Ciò che nella teoria di T. H. Marshall era una strategia di ampliamento della cittadinanza, vale a dire l'allargamento dei diritti politici alla libertà in diritti sociali fondamentali, si trasforma in un mezzo particolarmente efficace di esclusione. Se nel XIX secolo e all'inizio del XX la deprivazione sociale significava non poter godere dei diritti civili, alla fine del XX secolo vale esattamente l'opposto: l'assenza di diritti civili porta a svantaggi sociali, non di rado alla deprivazione» (spec. 450-451).

⁵² Ci si riferisce a ONIDA, relazione tenuta al convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti che ha avuto come tema "*Lo statuto costituzionale del non cittadino*" (testo non definitivo). I brani citati nel testo sono tratti da LIPPOLIS, *Cittadinanza*, cit., cui si rinvia per maggiori approfondimenti.

liberamente i confini dello Stato; e all'attribuzione dei diritti di partecipazione politica; al più generale dovere di fedeltà e di difesa della Patria, le cui originarie concezioni sembrano oggi radicalmente mutate.

L'istituto della cittadinanza, non solo in termini di determinazione di 'identità', ma in linea generale sembra, dunque, aver perso parte del suo originario significato, anche per effetto del 'nuovo' concetto di confine non più ontologicamente legato al concetto di territorio (si considerino i principi di libera circolazione delle persone, delle merci etc., in ambito comunitario ed europeo; il venir meno delle dogane e così via).

Questa decadenza dell'istituto della cittadinanza, si è da più voci osservato, pare coincidere con la tesi della fine dello 'Stato Nazione' al quale dovrebbe essere subentrata l'idea della 'cittadinanza cosmopolita', cui si è fatto cenno. Per giungere sino alla negazione del concetto di 'cittadinanza', intesa come «partecipazione ad un destino comune»; e nel senso, quindi, di una cittadinanza, appunto cosmopolita, consistente in uno «statuto di diritti svincolato da qualsiasi obbligo nei confronti di una determinata comunità politica, di una

determinata comunità nazionale: una cittadinanza senza civismo»⁴⁹.

Non sembra possa sottacersi come la «storia del XIX secolo è anche la storia del superamento dell'esclusivismo sociale del cittadino dello stato. Il graduale smantellamento dei titoli di patrimonio, proprietà, istruzione, età ed infine stirpe per accedere alla condizione di cittadini e ai diritti ad essa collegati – i diritti del 'semplice *status civitatis*', cioè a partecipare alla formazione della volontà politica dello Stato – è il segno distintivo del passaggio alla società civile egualitaria del XX secolo». Di conseguenza, «lo spodestamento o, detto in modo più imparziale, la perdita di significato della nazione-Stato, con la sua funzione omogeneizzante in ambito economico e culturale ed egualitaria in ambito politico, a favore della capacità organizzativa degli individui porta necessariamente con sé la dissoluzione della condizione di cittadini dello Stato e del suo elemento centrale, l'uguaglianza»⁵⁰.

⁴⁹ Così, LIPPOLIS, *Cittadinanza*, cit., nel riferire il pensiero di Habermas, Thomas H. Marshall e Raymond Aron.

⁵⁰ Così, in maniera particolarmente significativa, U.K. PREUSS, *Zum verfassungstheoretischen Begriff des Bürgers in der modernen Gesellschaft*, in H. DÄUBLER-GMELIN, K. KINKEL, H. MEYER, H. SIMON, *Gegenrede. Aufklärung-*

Da una simile concezione sembra derivare la conquista egualitaria, simbolo e manifestazione di laicità, costituita, oggi, dall'attribuzione ad ogni cittadino – quanto meno nell'ambito di democrazie sociali avanzate – del «godimento degli stessi diritti civili indipendentemente dal credo religioso professato»⁵¹.

Kritik-Öffentlichkeit, Baden-Baden, 1994, 620 e ss., trad. it., a cura di G. Piazza. Il saggio riportato nel testo è tratto da *Teorie della democrazia*, a cura di G. Gozzi, in *Il pensiero politico, Idee, Teorie, Dottrine*, IV, 2, *Antologia*, a cura di G. Pasquino, Torino, 1999, 439 e ss.

⁵¹ Così, PREUSS, *Zum verfassungstheoretischen Begriff*, cit., dopo aver descritto le tre diverse concezioni di cittadinanza, sotto il profilo teorico costituzionale. All'a. si rinvia anche per quella che pare essere una aperta critica alla tesi dell'ampliamento della cittadinanza, in termini di erosione, di Thomas H. Marshall, per il quale l'attribuzione dei diritti al cittadino dello Stato sembra fondarsi sulla «fedeltà di uomini liberi dotati di diritti e protetti da un diritto comune» (così, T. H. MARSHALL, *Class, Citizenship and Social Movement*, Garden City, 1965, 62 e ss.). Osserva, difatti, Preuss che «è evidente che la condizione di cittadino è tanto più esclusiva quanto più è colma di qualificazioni sociali. Non a caso le recenti costituzioni dei Paesi postcomunisti dell'Europa orientale e centrale, che contrariamente a quelle della maggior parte dei Paesi europei sanciscono i diritti sociali, hanno riservato tali garanzie ai propri membri. I diritti sociali assumono qui la stessa funzione che nel XIX secolo hanno as-

constitutional principle", it questions us on the operational relapses of the principle of laicità: from the secular symbolism to that religious, from the nothingness of the religious marriage to the citizen, from the filiazione to the guardianship of the embryo and the health of the woman, to reach the euthanasia, from the objection of conscience to the crucifix, from the war interventionism to the neutrality of the peace, from the social ethics to the limits of the science. It is still a lot of others they are the pragmatic applications of the principle of laicità, such to impose a necessary reflection in order to the effectiveness and actuality of the relationship among human nature and natural law.

ne di coscienza al servizio militare obbligatorio, discussa sotto il profilo della sua consistenza giuridica: secondo alcuni, si tratterebbe di interesse legittimo⁷⁴, secondo altri, invece, argomentando dall'attribuzione dei diritti fondamentali, avrebbe, invece, consistenza di diritto soggettivo perfetto⁷⁵; secondo altri ancora, ed in maniera particolarmente significativa, la fattispecie in esame non potrebbe essere, invece, inquadrata in nessuna delle due categorie formali ora esposte, attesi i tanti chiaroscuri tra le due suddette categorie, a partire dalla nota decisione n. 500 del 1999⁷⁶.

⁷⁴ In questa direzione, vd. A. PUGIOTTO, *Alcuni problemi di tutela giurisdizionale in tema di obiezione di coscienza al servizio militare*, in *La tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, a cura di L. Carlassare, Padova, 1988, spec. 134 e ss.

⁷⁵ In questa diversa prospettiva, vd. G. ANZANI, *La natura giuridica dell'obiezione ed i poteri della commissione ministeriale (sent. n. 16/1985 del Consiglio di Stato, Ad. plen.)*, in *Obiezione di coscienza al servizio militare – profili giuridici e prospettive legislative*, Padova, 1989, 63 e ss.

⁷⁶ Ci si riferisce a S. LARICCIA, *Coscienza e libertà*, Bologna, 1989, 110 e ss. È noto ed acceso il dibattito nell'ambito delle categorie generali del diritto soggettivo e dell'interesse legittimi, e nella direzione, sempre più intensamente sostenuta, del venir meno di una netta linea di demarcazione tra le due suddette categorie, a discapito della seconda.

La concezione del diritto soggettivo perfetto pare aver finito con il prevalere, in seguito alle decisioni della Corte Costituzionale⁷⁷, cui, in parte, si è fatto cenno. In particolare, la citata decisione n. 164 del 1985 ha definitivamente affermato la netta distinzione tra il dovere di «difesa della patria» ed «il servizio militare obbligatorio».

Meno problematica è, invece, la natura di diritto soggettivo potestativo ‘sostanziale’ che connota l’obiezione all’interruzione di gravidanza, in quanto espressamente qualificata, in

⁷⁷ Si tratta di Corte cost. sent. n. 409 del 1989, cit. Ma già con la precedente sent. n. 164 del 1985, in *Giur. cost.*, 1985, I, c. 2013 e ss., con commento di A. PUGIOTTO, *L’obiezione di coscienza al servizio militare tra l’immobilismo del legislatore e le accelerazioni della giurisprudenza*, la Corte cost. aveva rimarcato la netta distinzione tra servizio militare obbligatorio e dovere di fedeltà. Si aggiunga, anche Corte Cost., sent. n. 113 del 1986, in *Giur. cost.*, 1986, I, c. 1822 e ss., con commento di A. PUGIOTTO, *L’obiezione di coscienza nuovamente davanti alla Corte costituzionale: ancora una sentenza lungimirante*. Altre significative decisioni intervenute in materia e meritevoli di essere segnalate, nella prospettiva ermeneutica di cui nel testo, sono C. di S., Ad plen., n. 16 del 1985, in *Giur. it.*, 1985, III, c. 1391 e ss., con commento di R. VENDITTI, *Valutazione dei motivi dell’obiezione e reiezione della domanda di ammissione al servizio militare*; e Pretura di Chivasso, ord. 15 marzo 1983, citata da S. PRISCO, *Laicità. Un percorso*, cit., 83 e ss.

laicismo e la configurazione, nell’ambito della Costituzione Italiana, del principio di laicità come ‘super principio costituzionale implicito’, ci si interroga sulle ricadute operative del principio di laicità: dal simbolismo laico a quello religioso, dalla nullità del matrimonio religioso alla cittadinanza, dalla filiazione alla tutela dell’embrione e della salute della donna, per giungere all’eutanasia, dall’obiezione di coscienza al crocefisso, dall’interventismo bellico alla neutralità della pace, dall’etica sociale ai limiti della scienza. E molte altre ancora sono le applicazioni pragmatiche del principio di laicità, tali da imporre una necessaria riflessione in ordine alla effettività ed attualità del rapporto tra *natura umana* e *legge naturale*.

The polytheism of the values determines the existence of "different" laicità, setting numerous questions around the origin and the function of the "laicità", but without never owing him to forget that the laicità is, in first place, symbol of tolerance and liberty, especially in the circle of a social context that wants indeed to be multicultural. Sets the distinction between laicità and laicism and the configuration, within the Italian Constitution, of the principle of laicità as "super implicit

un'ampia «mediazione tra fedi, convinzioni, opinioni, norme e concrete situazioni»¹²⁷, mettendo da parte, per quanto possibile e giusto, le proprie personali convinzioni¹²⁸.

ANTONIO PALMA

Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano
Università degli Studi di Napoli 'Federico II'
E-mail: antonio.palma@unina.it

ABSTRACT

Il *politeismo dei valori* determina l'esistenza di 'diverse' laicità, ponendo numerosi interrogativi circa l'origine e la funzione della 'laicità', ma senza mai doversi dimenticare che la laicità è, in primo luogo, simbolo di tolleranza e libertà, specialmente nell'ambito di un contesto sociale che voglia effettivamente essere multiculturale. Posta la distinzione tra laicità e

di riferimento l'essenza ("natura") dell'umana ragione, si sono notoriamente attenute a tali norme immutabili».

¹²⁷ Si cfr. ZAGREBELSKI, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, 2008, 3 e ss., che non manca di denunciare, il pericolo di una «forza anti-democratica della verità».

¹²⁸ L'aggiornamento giurisprudenziale in merito agli argomenti trattati nel testo è stato effettuato fino alla data del 31.3.2011.

tal senso, dal legislatore, esercitabile attraverso una semplice dichiarazione⁷⁸.

⁷⁸ Cfr. la l. n. 70 del 1994, art. 3. In argomento, cfr. G. DALLA TORRE, *Diritti dell'uomo e ordinamenti sanitari contemporanei: obiezione di coscienza o opzione di coscienza?* in *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti* a cura di B. Perrone, Milano, 1992, 291 e ss. In materia di diritti soggettivi perfetti, com'è noto, si manifesta una ulteriore significativa distinzione nell'ambito specificamente dei diritti soggettivi potestativi, precisamente tra diritti soggettivi potestativi di natura giudiziale e quelli di natura sostanziale. Un caso appare di particolare interesse, ossia la natura del diritto alla separazione personale ed al divorzio dei coniugi. In proposito, si auspica un intervento legislativo che riformi la materia nel senso della diversa qualificazione del suddetto diritto da potestativo da esercitarsi necessariamente in giudizio a sostanziale. Nel senso, cioè, che, essendo condiviso che il presupposto per lo scioglimento del vincolo matrimoniale è solo il presupposto oggettivo dell'intollerabile convivenza e che l'altro coniuge non può opporsi alla separazione o al divorzio, risultando il suo dissenso irrilevante, tanto vale attribuire ai coniugi il potere di sciogliere il vincolo senza la necessità del giudizio (che potrà proseguire per le condizioni della separazione e del divorzio) ma attraverso una semplice dichiarazione unilaterale di volontà da rendersi innanzi ad un pubblico ufficiale atto a riceverla (si ritiene, il notaio). Per questa prospettiva evolutiva, cfr. A. PROTO PISANI, *La crisi coniugale tra contratto e giudice*, in *Foro it.*, 2008, IV, c. 161 e ss.

Ancora una volta, quindi, la laicità può essere giusto simbolo di libertà e tolleranza e, al contempo, fondamentale strumento di equilibrio tra le inevitabili tensioni dell'ideologia e della politica.

Con specifico riferimento all'argomento qui in indagine, delle obiezioni di coscienza, sembra, pertanto, potersi, osservare come nell'ambito di uno Stato Laico possa, allora, essere attribuito valore prevalente alla 'libertà di coscienza', da considerarsi «valore giuridico fondamentale» di civiltà⁷⁹.

9. Il dichiarato relativismo dei valori sembra destinato a raggiungere – si è da più parti osservato – livelli di massima tensione allorché l'indagine si sposti in materia, sia consentito generalizzare, di inizio e di fine della vita

⁷⁹ Cfr. STRAND - STEIN, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, trad. it., Milano, 1981, spec. 71 e ss.; WIEACKER, *Sulle costanti della civiltà giuridica europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 8 e ss.; POLANYI, *La libertà in una società complessa*, Torino, 1987, 183 e ss.; VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, II, Torino, 1960, 163 e ss.; HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, trad. it., Bari, 1977, 1 e ss.; BOBBIO, *Politica e cultura*, Torino, 1974, rist., 1 e ss.; BARCELLONA, *Complessità e questione democratica*, in *Democrazia e diritto*, 1987, 15 e ss.

Le osservazioni affidate alle pagine che precedono consentono, tuttavia, di trarre una considerazione conclusiva.

È, forse, il caso di rilevare come non sembri possa essere ulteriormente ritardata la necessaria riflessione in ordine alla effettività ed attualità del rapporto tra *natura umana* e *legge naturale*¹²⁵, e, per ciò che qui maggiormente interessa, tra *diritto naturale* e *bioetica*¹²⁶, attraverso

¹²⁵ *Concilium*, *Riv. internaz. di teologia*, n. 3, 2010, ha, di recente, dedicato un numero monografico al tema di cui nel testo. A questa si rinvia per ogni opportuno approfondimento.

¹²⁶ Così titola il saggio di L. SIEP, *Diritto naturale e bioetica*, in *Concilium*, *Riv. internaz. di teologia*, 2010, 3, 63 e ss. L'a., in maniera particolarmente significativa, rileva la presenza, nell'attuale dibattito sulla bioetica, di numerose «questioni del diritto naturale classico e moderno. Da un lato, abbiamo a che fare con mutamenti che vanno nel profondo della “natura”, vale a dire con proprietà e processi, fin qui ancora indipendenti dalla volontà umana, nel mondo inanimato e soprattutto in quello animato, incluse la costituzione del corpo umano e la riproduzione dei generi»; prosegue l'a., «dall'altro, nell'epoca della crescente facoltà tecnica di disporre e di stabilire norme democratiche, si solleva la questione dei “diritti di natura”» e «le concezioni del diritto naturale, specialmente quelle della modernità europea, che fanno a meno del concetto di una natura esterna dotata di valore, utile e atta a “orientare le azioni” e, al suo posto, hanno come punto

Senza neppure mai doversi dimenticare la *solitudine del morente*¹²⁴, pur nella speranza che, forse, ci si inganna nel credere che la morte rappresenti soltanto l'evento terminale della vita, e nell'illusione che sia, invece, un ponte sicuro verso un nuovo, misterioso cammino.

viso, repentino, non altrimenti evitabile insorgere di un reale pericolo di vita, scongiurabile soltanto con una trasfusione di sangue. Di talché, come la validità di un consenso preventivo ad un trattamento sanitario non appare in alcun modo legittimamente predicabile in assenza della doverosa, completa, analitica informazione sul trattamento stesso, così la efficacia di uno speculare dissenso *ex ante*, privo di qualsiasi informazione medico-terapeutica, deve ritenersi altrettanto imprevedibile, sia in astratto che in concreto, qualora il paziente, in stato di incoscienza, non sia in condizioni di manifestarlo scientemente, e ciò perché altra è l'espressione di un generico dissenso ad un trattamento in condizioni di piena salute, altro è riaffermarlo puntualmente in una situazione di pericolo di vita». La vicenda si era mostrata incerta sin dal primo grado di giudizio. Il Tribunale, difatti, accolse la domanda risarcitoria; mentre la Corte di Appello di Trieste la respinse.

¹²⁴ Così, titola il celebre saggio scritto all'età di quasi novant'anni dal grande sociologo tedesco del secolo scorso, NORBERT ELIAS, *Über die Einsamkeit der Sterbenden in unseren Tagen*, Francoforte, 1982, trad. it., *La solitudine del morente*, Bologna, 2005.

umana: alle tensioni della laicità, difatti, si aggiungono quelle della bioetica, nell'ambito della quale la problematica del 'bene della persona' s'intreccia con quella relativa al 'bene della vita': dalla bioetica al biodiritto e alla biopolitica⁸⁰.

In un simile delicatissimo contesto, qual è quello della bioetica, sembrano, difatti, venire a galla tutti i pregi ed i difetti di una società realmente multiculturale.

E, pur essendo il caso di ammettere – con il Croce – che «non possiamo non dirci cristiani»; tuttavia, è altrettanto evidente come la 'laicità' sia destinata a giocare un ruolo significativo in un simile contesto.

Tralasciamo, tuttavia, per ragioni di tempo, la complessa e delicata questione dei diritti del nascituro sotto il profilo dei diritti fondamentali⁸¹, con i conseguenti problemi concernenti la riproduzione assistita, in relazione alla qua-

⁸⁰ Pressappoco così intitolava una significativa relazione del Prof. F. D'Agostino (Presidente onorario del Comitato Nazionale di Bioetica) organizzata dall'Unione Giuristi Cattolici Italiani sede di Napoli, il 19 maggio 2009.

⁸¹ N. Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in *L'età dei diritti*, Torino, 1990, pone l'attenzione sul fatto che la problematica dei diritti umani non è tanto quella di «giustificarli», quanto quella di «proteggerli», una questione, quindi, «non filosofica, ma politica».

le, però, non ci si può esimere dal ricordare come chi ricorre a simili tecniche non è soltanto chi abbia problemi di sterilità o fertilità, ma anche chi ha gravi problemi di salute, derivanti da patologie genetiche⁸².

⁸² Si tratta di casi giurisprudenziali particolarmente significativi per la loro derivazione da ipotesi di patologie embriofetali e che, pertanto, affrontano la complessissima e rilevantissima questione del bilanciamento di diritti di pari rango costituzionale, in considerazione, cioè, del principio di protezione della salute della donna: Trib. Catania sent. 3 maggio 2004, in *Fam. e dir.*, 2004, 4, 372 ss., con commento di G. FERRANDO, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni ammalati?*; Trib. Roma 23 febbraio 2005, in *Il Corr. del mer.*, 2005, 5, 529 ss., con commento di G. CASABURI, *Ancora sulla legge 40/2004: divieto di crioconservazione degli ovociti fecondati*; Trib. Cagliari ord. 16 luglio 2005, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 1412 ss.; e, più di recente, Trib. Bologna 29 giugno 2009, in *Giur. mer.*, 2009, 12, 3000 e ss., con commento di G. CASABURI, *Il 'restyling' giurisprudenziale della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*; e Trib. Salerno 9 gennaio 2010, in *Corr. mer.*, 2010, 255 e ss., con commento di G. CASABURI, *Procreazione medicalmente assistita: "disco verde" giurisprudenziale alle coppie non sterili e non infertili*. Decisione, quest'ultima, che si segnala in quanto sensibilmente modificativa dei pregressi citati orientamenti, non mancando di sollevare comprensibili ed opposte reazioni.

violazione non sarà ritenuta sussistente. Ancora una volta la 'scriminante' sembra potere essere rappresentata dalla sussistenza o meno di un consenso informato consapevole, certo ed inequivoco circa il rifiuto del trattamento terapeutico¹²³.

¹²³ Il caso è stato, di recente deciso da Cass. 15 settembre 2008, n. 23676, Pres. Preden, Est. Travaglio, ed in senso favorevole al medico: «nell'ipotesi di pericolo grave ed immediato per la vita del paziente, il dissenso del medesimo deve essere oggetto di manifestazione espressa, inequivoca, attuale, informata. Esso deve, cioè, esprimere una volontà non astrattamente ipotetica ma concretamente accertata; un'intenzione non meramente programmatica ma affatto specifica; una cognizione dei fatti non soltanto "ideologica", ma frutto di informazioni specifiche in ordine alla propria situazione sanitaria; un giudizio e non una "precomprensione": in definitiva, un dissenso che segua e non preceda l'informazione avente ad oggetto la rappresentazione di un pericolo di vita imminente e non altrimenti evitabile, un dissenso che suoni attuale e non preventivo, un rifiuto *ex post* e non *ex ante*, in mancanza di qualsivoglia consapevolezza della gravità attuale delle proprie condizioni di salute. E ciò perché, a fronte di un sibillino sintagma "niente sangue" vergato su un cartellino, sul medico curante graverebbe in definitiva il compito (invero insostenibile) di ricostruire sul piano della causalità ipotetica la reale volontà del paziente secondo un giudizio prognostico *ex ante*, e di presumere induttivamente la reale "resistenza" delle sue convinzioni religiose a fronte dell'improv-

bero ad ogni ipotesi di ricerca teorica. Tuttavia, pur nella consapevolezza di opposte reazioni, può osservarsi come aderire ad una delle tante opzioni interpretative può non voler significare, necessariamente, ‘adesione ad una religione o ad una morale’, bensì, e più semplicemente, manifestare ‘di fronte al fatto della morte, l’innegabile alternarsi di sentimenti, consapevolezza e paura, speranza e terrore, resistenza ed attesa, sentimenti che l’esperienza individuale riflette su quella collettiva e dall’esperienza collettiva torna a mutuare con accentuazioni mutevoli’¹²².

In merito ai ‘diritti di fine vita’, di cui si tratta, vi è, poi, da svolgere un ulteriore, utile riferimento sempre concernente le manifestazioni di volontà dei ‘Testimoni di Geova’ circa il rifiuto delle emotrasfusioni. Ci si è interrogati sulle conseguenze, in termini di responsabilità del medico che, nel caso di pericolo grave ed imminente per la vita del paziente Testimone di Geova, effettui egualmente la trasfusione di sangue, con salvezza della vita di questi. In tal caso, per intenderci, vi sarà violazione del diritto di autodeterminazione e conseguente responsabilità aquiliana, oppure, in considerazione dell’effetto salvifico tale

¹²² Così, RESCIGNO, *La fine*, cit.

Il che legittima un richiamo alla prudenza nel regolamentare e decidere in una simile ‘materia’, onde evitare ingiuste e possibili discriminazioni nella protezione di un potente desiderio di vita, qual è quello della maternità e, con essa, la ‘vita’.

Sul piano strettamente giuridico, che qui interessa, dimostra la non utilità di interventi legislativi estemporanei, in assenza di condizioni tali da renderne effettivamente sentita l’esigenza, i quali rischiano, spesso, di produrre effetti destabilizzanti nel sistema. In alcuni casi, difatti, e specialmente nell’ambito di un Ordinamento speciale e complesso, quale è quello della legislazione familiare, «non del tutto deprecabile» può risultare un «ritardo» nell’intervento legislativo, «almeno ove esso valga a dar vita ad una disciplina più consapevole e ponderata»⁸³. E per quanto altrettanto legittima debba essere considerata la presenza di una regolamentazione in materia, non potendo essere troppo a lungo lasciata alla buona volontà ed alla discrezionalità dei diversi operatori del settore.

È proprio il caso della l. n. 40 del 2004, in materia di fecondazione medicalmente assisti-

⁸³ Così, E. QUADRI, *Il diritto di famiglia: evoluzione storica e prospettive di riforma*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, Roma-Bari, 2002, 1511 e ss.

ta, della quale numerose disposizioni sono state dichiarate incostituzionali da diverse decisioni della Corte (dal 2006 al 2009), con il risultato di un vero e proprio *restyling* giurisprudenziale⁸⁴. E si aggiunga, ancora, la recen-

⁸⁴ Ci si riferisce alla recente decisione di Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 1123 e ss., con commento di G. FERRANDO, *Fecondazione 'in vitro' e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*. La Corte, in materia di procreazione assistita e con specifico riferimento all'art. 14 della l. n. 40 del 2004, ha statuito quanto segue: «è costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 32 della Cost., l'art. 14 della l. n. 40 del 2004, nella parte in cui, fermo restando che le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, limita tale numero a quello necessario "ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiori a tre". È costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 32 cost., l'art. 14, co. 3, della l. n. 40 del 2004, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna». La citata decisione appare significativa se la si legge in relazione ad un'altra decisione della Consulta di qualche anno precedente, che, con riferimento all'art. 13 della l. n. 40 del 2004 ha, invece, dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della l. 40/04 sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 32 cost., confermando, dunque, il divieto di

Dunque, l'eutanasia: 'uccidere per pietà' e 'lasciar morire', per ricordare le due espressioni inglesi *'mercy-killing'* e *'letting die'*, che caratterizzano l'eutanasia attiva; a differenza dell'eutanasia passiva che si configura, invece, nel caso di interruzione del trattamento sanitario¹²⁰. La prima è ripudiata dall'ordinamento¹²¹; la seconda, pur nel silenzio dei codici e delle leggi, è generalmente consentita ed ammessa.

L'eutanasia – in evidente collegamento con il suicidio (se si prescinde dal problema strettamente giuridico, per approfondire il profilo morale), come accennato – si ricollega al potere di autodeterminazione, ossia al diritto di vivere e di morire della persona.

È evidente la difficoltà per un giurista nel trarre delle conclusioni, che pur si imporreb-

¹²⁰ Ne sono esempio il caso Englaro, il caso Welby ed il caso Nuvoli, ed ogni altra ipotesi di sospensione delle tecniche rianimatorie.

¹²¹ In alcuni ordinamenti, come quello olandese, è, invece, consentita, seppure con le dovute precisazioni e distinzioni, come si è accennato. Un caso, noto, di eutanasia attiva, che pare il caso di ricordare, è quello del primario svizzero (il caso 'Hämmerli') che applicava ai suoi 'pazienti' la c.d. 'dieta calorie zero', e precisamente ai vecchi degenti, malati cronici inguaribili, procurandone la morte in pochi mesi. Il caso è tratto da RESCIGNO, *La fine*, cit.

orientali, considerato negativamente: tanti, purtroppo, sono gli esempi di suicidio valutato come ‘martirio’¹¹⁵. Il riferimento è ovvio al terrorismo, sia ‘laico’¹¹⁶, sia ‘religioso’¹¹⁷.

E così, questo drammatico, inevitabile evento, si arricchisce di nuove, inaspettate manifestazioni. E a queste seguono le più variabili nomenclature: ‘morte addomesticata’¹¹⁸ o anche ‘morte in diretta’¹¹⁹.

Ancora una volta scienza e tecnologia, da una parte, diritto, dall’altra, ed etica e fede, da un’altra parte ancora, sono allo scontro.

Ora la domanda è quale sia, per il giurista, il problema principale da risolvere: e, cioè, come nel caso dell’inizio della vita umana, individuare il ‘momento esatto’ della morte, (affiancandosi, in tal modo, alla biologia)?

¹¹⁵ La memoria va ad un bellissimo saggio di BARMAN, *Terrore e liberalismo. Perché la guerra al fondamentalismo è una guerra antifascista*, Torino, 2003.

¹¹⁶ A titolo esemplificativo, si consideri il caso delle ‘Brigate Rosse’.

¹¹⁷ Ad esempio, il fondamentalismo islamico.

¹¹⁸ Di origine medievale (cfr. Ph. Ariès).

¹¹⁹ Si tratta del titolo di un celebre film francese, che tratta il tema della morte, immaginando l’introduzione di un piccolo apparecchio nel cervello di un morente, a sua insaputa: una sorta di macabro *Grande fratello*, per citare George Orwell.

tissima decisione dalla Corte dei Diritti dell’Uomo dell’aprile 2010, che, seppure indirettamente (riguardando la decisione, l’Ordinamento austriaco), colpisce nuovamente la legislazione in materia di riproduzione assistita per ragioni di ‘discriminazione’, con possibili ricadute anche per l’Ordinamento italia-

diagnosi sugli embrioni da impiantare (ci si riferisce a Corte cost. ord. 24 ottobre-9 novembre 2006, n. 369). Così, come neppure può evadersi il riferimento alla nota decisione della Corte cost. in materia di interruzione della gravidanza (Corte cost. 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, 515 ss. E si aggiunga anche il riferimento alla l. 22 maggio 1978, n. 194, recante *Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza*, in *Gazz. Uff.*, 22 maggio, n. 140. Il testo integrale dell’art. 1, comma 1, che non ha subito modifiche, è il seguente: «lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio». Prosegue la norma, al comma 2, «l’interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite»; ed al comma 3, «lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell’ambito delle proprie funzioni e competenze, promuovono e sviluppano i servizi socio-sanitari, nonché altre iniziative necessarie per evitare che lo aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite». In argomento, cfr. G. CASABURI, *Il ‘restyling’*, cit.; nonché M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in *Fam. e dir.*, 2010, 839 e ss.

no⁸⁵. Ed una ricaduta si è già verificata all'interno dell'Ordinamento, essendo stata posta questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della l. n. 40, per possibile «contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione al combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU – come interpretato dalla sentenza della CEDU del 1 aprile 2010 (...) – e con

⁸⁵ Si tratta di Corte dei Diritti dell'Uomo, 1.4.2010, in www.olir.it: «in conclusion the Court finds that the Government have not submitted a reasonable and objective justification for the difference in treatment between the third and fourth applicants, who are prevented by the prohibition of ova donation for artificial procreation under Section 3 of the Artificial Procreation Act from fulfilling their wish for a child, and a couple which may make use of artificial procreation techniques without resorting to ova donation. Accordingly, there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 as regards the third and fourth applicants». Decisione annotata da F. SCIA, *Procreazione medicalmente assistita e 'status' del generato, Percorsi giurisprudenziali e intervento legislativo*, Napoli, 2010, 28 e ss. All'a. si rinvia per una approfondita ed aggiornata disamina, anche di carattere comparativo, delle complesse questioni in materia di fecondazione assistita, oltre che per opportuni approfondimenti di natura bibliografica. In argomento, si cfr. anche B. LIBERALI, *La sentenza della corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 556 e ss.

In argomento, si ricordi anche la l. n. 644 del 1975 che, in materia di prelievi da cadaveri, obbliga ad «evitare mutilazioni o dissezioni non necessarie» e dopo il prelievo ordina la ricomposizione «con la massima cura». Dovuto è anche il riferimento all'art. 580 del cod. pen., in materia di reato di istigazione al suicidio, e all'art. 579 del cod. pen. in materia di omicidio del consenziente; nonché all'art. 1927 del cod. civ., che regola il caso del «Suicidio dell'assicurato»¹¹⁴, stabilendo che, se questo è avvenuto prima che siano decorsi due anni dalla conclusione dell'assicurazione, l'assicuratore non è tenuto al pagamento delle somme assicurate, salvo patto contrario.

Una comune intenzione a tali diverse normative può forse essere rilevata: la fine non naturale ed immediata o per evento non del tutto accidentale di una vita umana non è garantita dall'Ordinamento, se non si vuole in termini di 'sacralità della vita', quanto meno in termini di configurazione come 'crimine' del suicidio, in tal senso, equiparandolo all'omicidio: in ogni caso, cioè, una 'fine procurata della vita'.

E pur essendo consapevoli del fatto che non sempre il suicidio viene, in talune civiltà

¹¹⁴ Nel caso, ovviamente, di assicurazione sulla vita.

meno, il perché ogni tentativo di regolamentazione in tal senso sia ad oggi fallito.

Nell'ambito della vigente legislazione, tuttavia, punto di riferimento potrebbe ancora essere ritrovato nell'art. 5 del cod. civ., che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo, allorché «cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume»¹¹². Si tratta, com'è noto, di atti personalissimi che, di regola, non ammettono sostituzioni¹¹³.

¹¹² Si tratta del c.d. 'principio di indisponibilità della vita'; principio, questo, che, peraltro, parte della dottrina civilistica ritiene desueto. L'art. 5 afferma con chiarezza un principio di dignità umana e, in chiave storica, si ricordi come tale norma si ritiene sia stata introdotta (si legga anche la relazione al cod. civ.) in seguito ad una vicenda di cronaca che nei lontani anni 30 fece scandalo: si tratta del caso di un giovane ricoverato in ospedale per una infezione al quale venne asportato – con il suo consenso – un testicolo per essere impiantato (cd. impianto Vonorov) a favore di un facoltoso brasiliano. Ne seguì un processo penale conclusosi con l'assoluzione dei medici, non avendo arrecato alcun danno alla salute del giovane (che di fatti fu dimesso e visse senza problemi). Si tratta di Cass. 31 gennaio 1934.

¹¹³ Il che consente di evocare l'antica figura del *curator ventris*.

l'art. 3 Cost., nella parte in cui impone il divieto di ricorrere alla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo»⁸⁶. È di tutta evidenza l'interesse verso le determinazioni che la Consulta intenderà assumere sul tema, destinate ad aprire un nuovo capitolo nella complessa tmesi del fenomeno della riproduzione assistita in Italia.

Ed ecco, quindi, che l'indagine si sposta necessariamente sui doveri, specialmente in ambito familiare, di preservare l'integrità, di garantire la nascita, la crescita, di proteggere la salute del nascituro. «Bisogni ed interessi», questi, «non diritti», scrive Giorgio Oppo, «attuali di quella entità vivente che è il feto a prescindere dalla sua qualificazione come "persona"»⁸⁷. In considerazione anche del fatto

⁸⁶ La questione di costituzionalità, di cui nel testo, è stata sollevata da Trib. Firenze ord. 13 settembre 2010; Trib. Catania ord. 21 ottobre 2010, in *Fam. e dir.*, 2010, 1625 e ss., con commento di S. LA ROSA, *Il divieto di fecondazione eterologa va al vaglio della corte costituzionale*.

⁸⁷ G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 499 ss.; e, più di recente, ID., *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 371 ss. «Come tutti sanno, gli scritti di Oppo sul tema coprono un arco di un quarto di secolo», così, nel commemorare Giorgio Oppo, scrive ZATTI, *Il duttile rigore: l'approccio di Giorgio Oppo al diritto della vita*

che i diritti fondamentali, di per sé, non ammettono né tollerano condizioni, termini o altri ‘pesi’.

La questione è, dunque, quella concernente l’inizio della vita umana, alla quale si relaciona il concetto di soggettività giuridica e, con specifico riferimento all’attribuzione dei diritti fondamentali, quello di ‘persona’⁸⁸.

Quella, poi, del bilanciamento tra i diritti del nascituro e quelli della madre, è una questione particolarmente conflittuale e ‘violenta’, tanto da spingere il noto quotidiano *Le Monde* a definire, senza mezzi termini, la l. 40/2004 una «legge Burqa»; ed uno dei più autorevoli giuristi contemporanei, il Rodotà, ad affermare non condivisibilmente che «dietro questo

nascente, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 457 ss., cui si rinvia per ogni opportuno approfondimento sul tema, anche di carattere bibliografico.

⁸⁸ Cfr. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 829 ss.; SCHLESINGER, *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 379 ss.; ed inoltre, SEVERINO, *Sull’embrione*, Milano, 2005, 7 ss.; LOMBARDI VALLURI, *L’embrione e le vite diversamente importanti*, in *Questioni di bioetica*, a cura di S. Rodotà, Roma-Bari, 1993, 361 e ss. Si segnala, altresì, il saggio di CARUSI, *In vita, ‘in vitro’, in potenza. Verso una donazione dell’embrione soprannumerario?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 2, 341 ss.

Si ricordi, poi, anche il caso americano ‘Terry Schiavo’¹¹¹, di notevole risonanza, nell’ambito del quale i Giudici, al pari del caso Englaro, affermarono la liceità del diritto del paziente di rifiutare le cure, anche esponendosi in tal modo al rischio della vita. Com’è noto, negli Stati Uniti viene più ampiamente riconosciuto il diritto dell’individuo di disporre della propria sfera privata, sino a ricomprendere anche la propria vita, senza interferenze da parte dello Stato o di terzi: tale diritto viene fondato sul V° Emendamento della Costituzione americana, che assicura, come diritto fondamentale, anche quello della *privacy*, inteso come diritto di escludere altri dalle decisioni riguardanti la propria vita, e, dunque, nel senso di diritto di autodeterminazione.

I suindicati casi hanno sollecitato, da più parti, un intervento di regolamentazione della materia da parte del legislatore italiano, ritenendosi deprecabile l’assenza di una normativa al riguardo. È, ad ogni modo, evidente la complessità di una disciplina organica in materia, data la contrapposizione di interessi e concettualizzazioni, per la verità, non del tutto ancora maturi e tali, quindi, da garantire meditate opzioni legislative. Ciò spiega, quanto

¹¹¹ I cui atti sono consultabili sul sito www.findlaw.com.

Naturalmente, non si può non ricordare anche il caso ‘Nuvoli’, fortemente ostacolato dalle decisioni giurisdizionali, in considerazione delle difficoltà di accertare la volontà del morente. Si ricordi, difatti, che il suo consenso venne acquisito attraverso l’applicazione di un sintetizzatore vocale e le sue volontà vennero registrate¹⁰⁷.

Il tema dell’eutanasia sembra, quindi, essere strettamente connesso a quello del suicidio. Si ricordino, in proposito due celebri passi di Platone il quale, nel *Fedone*¹⁰⁸, considera illecito il suicidio, ma nella *Repubblica*¹⁰⁹ ammette invece il suicidio passivo conseguente al rifiuto delle cure da parte di un uomo incapace di vivere per una durata normale e rispetto al quale gli sforzi della medicina sarebbero vani e dannosi per lui e per la collettività¹¹⁰.

¹⁰⁷ Il Tribunale di Sassari, con decisione del 2007, nominò, difatti, un tutore al Nuvoli (il dott. Sciacca), che lo avrebbe aiutato alla interruzione del trattamento terapeutico. Nell’occasione massima fu la prudenza, dato il precedente caso Welby, che vide indagato per il reato di ‘omicidio del consensiente’ il medico che ‘assistette’ quest’ultimo.

¹⁰⁸ 161 d.

¹⁰⁹ III, 407, d, e

¹¹⁰ La citazione è tratta da RESCIGNO, *La fine*, cit.

proibizionismo esasperato, si scorge agevolmente la volontà di imporre un modello di gestione del corpo della donna, sottratto alla libera gestione della persona interessata ... La regressione culturale e istituzionale è evidente, anche rispetto a scelte fatte negli anni settanta dal legislatore italiano ... la legge sulla procreazione assistita si presenta con i chiari segni di una voglia di rivincita, dell’imposizione di un’etica di stato che falsa anche la necessaria discussione dei rapporti tra etica e scienza, e sui limiti di quest’ultima. Il prevalere di un astratto furore ideologico impone crudeli vincoli alla più intima e creativa delle scelte».

È pur vero, però, che compito del Diritto, nella sua laicità, sembra essere, pur sempre, la protezione o, meglio, la «garanzia della vita e della realtà»⁸⁹.

Ecco, che il compito dell’interpretazione, soprattutto, giudiziale, può non essere soltanto quello di esaminare il testo normativo, seppure alla ricerca della «intenzione del legislatore» (come recita l’art. 12 delle preleggi al cod. civ.), bensì quello di farsi interprete

⁸⁹ CAPOGRASSI, *Analisi dell’esperienza comune* (1930), rist. Milano, 1975, 169 ss

della «coscienza sociale»⁹⁰. Esigenza, questa, tanto più avvertita nelle ipotesi in cui il dato normativo è un dato imperfetto ed incompiuto, risultando altrettanto imperfetta ed incompiuta l'«intenzione del legislatore»⁹¹.

L'argomento meriterebbe ulteriore approfondimento, ma anche per ragionevoli motivi di sintesi, non è dato provvedervi, almeno in questa sede, ampliandosi eccessivamente il campo dell'indagine qui proposta. Così si consideri l'omesso riferimento alla complessa problematica della fecondazione *post mortem*,

⁹⁰ Secondo l'invito di E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, spec. 324 e ss.; ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, II, spec. 858 e ss.

⁹¹ In proposito, ad es., si ricordi l'opposizione cattolica ad ogni ipotesi di riproduzione assistita, sia alla fecondazione *in vitro*, sia alla fecondazione eterologa (in tal senso, vd. la *Evangelium vitae*, lettera enciclica del Sommo Pontefice Giovanni Paolo II sul valore e l'inviolabilità della vita umana, Città del Vaticano, 1995, spec. 22 e ss.). In materia di interpretazione della legge, osserva, inoltre, Gadamer, *Wahrheit und Methode*, spec. 370 e ss., «la legge è sempre manchevole, non perché sia imperfetta in sé stessa, ma perché di fronte all'ordine che le leggi hanno di mira è la realtà umana che si mostra manchevole e non permette perciò una pura e semplice applicazione di esse». A meno che, non si preferisca, pur legittimamente, ritenere che alcune materie esulino del tutto dai compiti di ermeneutica del giurista.

aiutato a morire dal suo anestesista. La decisione Welby è particolarmente significativa in quanto, da un lato afferma '*in astratto*' il diritto di rifiutare le cure anche a rischio della morte, ma, poi, '*in concreto*' afferma la non esercitabilità di questo diritto, in quanto, di fatto, la decisione risulterebbe essere rimessa all'«arbitrio del medico», al quale spetta stabilire quando la cura è diventata inutile e, quindi, dovrà stabilire quando vi è accanimento terapeutico: concetti, questi, come più volte sottolineato, non definiti normativamente. Ne consegue la sussistenza di «due diritti di morire»: uno soggettivo perfetto, ma, come detto, solo in astratto, ed uno imperfetto, perché non esercitabile in concreto.

In entrambi i casi, sotto il profilo giuridico, tuttavia, sono venuti in rilievo, da una parte, le norme costituzionali, ordinarie e quelle del codice di deontologia medica in materia di doveri di cura ed accanimento terapeutico e, dall'altro, le disposizioni penali in materia di incriminazione del suicidio assistito e di omicidio del consenziente e dell'eutanasia attiva¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Ammessa, come è tristemente noto, in Olanda, seppure con le dovute distinzioni e precisazioni.

Sanità che prevede espressamente il diritto del paziente di essere informato della cura, il divieto per il sanitario di praticare cure contro il volere del paziente, anche se vi è l'obbligo di fare ogni tentativo per convincere il paziente a curarsi¹⁰².

Ne consegue che, ove si ammetta il diritto di rifiutare le cure, non sembrano avere più esclusivo rilievo le motivazioni del paziente, comprese quelle di natura religiosa¹⁰³.

Ed in tal senso, il caso 'Englaro' differisce dal caso, altrettanto tragico, 'Welby', nell'ambito del quale fu questi ad autodeterminarsi alla fine, senza, cioè, che altri prestassero in sostituzione un consenso così personale e rilevante¹⁰⁴. Il caso 'Welby' è, inoltre, differente dal caso 'Englaro', in quanto, nel primo, i Giudici romani¹⁰⁵ negarono il diritto del paziente a rifiutare le cure, anche se poi, successivamente al rigetto del ricorso, il Welby fu

¹⁰² Si tratta della legge 4.3.2002, n. 203, spec. art. 1111-4.

¹⁰³ Noto è il caso giurisprudenziale, cui si è fatto cenno nelle pagine che precedono, dei Testimoni di Geova che, interpretando un passo del Vecchio Testamento, rifiutano le trasfusioni di sangue, anche nel caso di pericolo di morte.

¹⁰⁴ Consenso, questo, nel caso Englaro, peraltro, di dubbio accertamento e valore, come osservato.

¹⁰⁵ Cfr. Trib. Roma, 16.12.2006.

almeno in Europa, ammessa, seppure a certe specifiche condizioni, soltanto dalla legislazione spagnola. Ed il dibattito meriterebbe di essere ulteriormente ampliato con riferimento agli interventi non terapeutici sul corpo umano: si ricordi la drammatica ed abominevole pratica di mutilazione genitale femminile ai danni delle minori; nonché l'altrettanto abominevole vendita di organi umani.

Senza neppure potersi omettere almeno un cenno alla problematica della clonazione riproduttiva⁹².

⁹² Si consideri, a titolo meramente esemplificativo, il significativo caso della «creazione del gemello», ad opera di genitori «desiderosi» di avere un secondo figlio «identico» o, per quanto possibile, simile al primo figlio, i quali potrebbero, appunto, voler ricorrere alla clonazione, «piuttosto che affidarsi alla sorte della lotteria genetica», con buona pace per l'eugenetica. Il caso ed il riferimento (si tratta del saggio *Children of Choice* di J. A. ROBERTSON) è tratto da BUSNELLI, *La persona alla ricerca dell'identità*, cit., spec. 14, che ne riferisce a proposito della 'identity choice', considerata vero e proprio 'mito nordamericano', in quanto assicurata dal potere dell'innovazione tecnologica. Tuttavia l'a. non manca di indicare i «limiti» pur insiti nella 'identity choice', tra questi un ruolo significativo è svolto dalla «morale di senso comune». In argomento sia consentito il rinvio al mio saggio *Giustizia e senso comune*, Torino, 2006, spec. 47 e 103 ss.

Il diritto, pur nella sua laicità, come strumento di riconoscimento, affermazione e regolamentazione dei diritti è, dunque, deputato ad un ruolo determinante nella soppressione di simili aberrazioni.

Ed infine, si aggiunga, anche la complessa questione delle unioni solidali tra eterosessuali ed omosessuali ed i previsti divieti, ad esempio, per questi ultimi di adozione⁹³.

⁹³ In proposito, si ricordi il *Pacte civil de solidarité* (l. n. 99-924 del 15.11.1999) che, in Francia, rappresenta un primo riconoscimento significativo delle coppie di fatto eterosessuali; ed il noto e fortemente dibattuto modello olandese che ha aperto l'accesso al matrimonio anche alle coppie omosessuali; e la recente legge tedesca in materia di convivenza (*Lebenspartnerschaft* del 16.2.2001). Modelli, specialmente quello francese, ai quali si è fatto riferimento in Italia nei diversi tentativi di regolamentazione del fenomeno della convivenza. (da ultimo, la proposta di legge sui *Pacs*). La diversità di situazioni soggettive consiglierebbe, forse, quanto meno un intervento legislativo separato, *ad hoc*, per ciascun fenomeno di convivenza, dovendosi pure considerare la diversa funzione svolta dalle diverse ipotesi di convivenza: i conviventi eterosessuali, difatti, almeno tendenzialmente, scelgono questo modello al fine proprio di sottrarsi al vincolo matrimoniale; quelli omosessuali, al contrario, almeno comunemente, aspirano, invece, al massimo riconoscimento del vincolo al pari dei coniugi. In argomento, cfr. QUADRI, *Il diritto*, cit., spec. 1521. L'invito alla diversificazione sem-

La necessità del consenso dell'interessato viene diversamente giustificato in ragione della inviolabilità del corpo umano, della natura contrattuale del rapporto medico paziente, del rispetto per la persona umana¹⁰⁰.

In una simile prospettiva, si è soffermata specialmente la giurisprudenza francese che, ad esempio, ha escluso la responsabilità penale del medico nel caso in cui il paziente abbia rifiutato scientemente di farsi curare¹⁰¹. Non dovendosi neppure dimenticare che in Francia, già da alcuni anni, esiste un Codice della

distacco del sondino nasogastrico che idratava ed alimentava Eluana, mantenendola in condizione vegetativa. In proposito, si aggiunga che la giurisprudenza ritiene che il consenso del paziente sia necessario al fine di assicurare l'esercizio di una libertà tutelata dagli artt. 13 e 32 della Cost. (così, puntualmente, Cass. 14 marzo 2006, n. 5444, in *Giust. civ., Mass.*, 2007, che ha espressamente affermato che il trattamento sanitario eseguito senza il previo consenso viola gli artt. 32 e 13 della Cost.).

¹⁰⁰ In proposito, si ricordi, in particolare, la decisione della Corte dei Diritti dell'Uomo, sent. 29 aprile 2002 (in www.olir.it) nel caso 'Diane Pretty', che fonda il diritto di rifiutare le cure sul paragrafo 2 dell'art. 8 della CEDU, affermando che un trattamento sanitario praticato contro la volontà del paziente vale violazione della sua integrità fisica.

¹⁰¹ Noto *leading case* in materia è Cass. 3 gennaio 1973 in *Daloz*, 1973, 220.

mato del paziente al relativo trattamento sanitario o alla sua interruzione⁹⁹.

⁹⁹ In tal senso, la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione degli ultimi dieci anni, sino alle più recenti decisioni a cavallo tra il 2008 ed il 2010, in materia di responsabilità del medico. Il diritto all'autodeterminazione «rappresenta, ad un tempo, una forma di rispetto per la libertà dell'individuo ed un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi, che si sostanzia non solo nella facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di utilizzazione dei propri diritti»; prosegue la decisione, «atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e ne sancisce il rispetto in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona». E, si badi, la «lesione del diritto all'autodeterminazione non necessariamente comporta la lesione della salute come accade quando manchi il consenso». Difatti, la mancanza di «consenso può assumere rilievo a fini risarcitori benché non sussista lesione della salute o se la lesione della salute non sia causalmente collegabile alla lesione di quel diritto, quante volte siano configurabili conseguenze pregiudizievoli (di apprezzabile gravità, se integranti un danno non patrimoniale) che siano derivate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato» (così, Cass., sez. III civ., 9 febbraio 2010, n. 2847, in materia di consenso informato e responsabilità del medico). In argomento, mi sia consentito il rinvio ad un mio articolo apparso sul *Corriere del Mezzogiorno*, in prossimità del tragico caso 'Englaro'. In quella occasione ebbi a ricordare che, nel caso 'Englaro', la Cassazione decise la possibilità del

10. Diverse discipline dedicano, da ultimo, qualche attenzione al tema della fine della vita umana: storia, antropologia, sociologia, biologia, ricerca filosofica e, da alcuni anni con una più intensa disciplina normativa, il diritto (che spesso si usa definire, come in parte accennato, in termini di 'biodiritto')⁹⁴.

Meno problemi sembra sollevare l'accadimento naturale della morte, rispetto al fenomeno, ben più complesso, della 'morte artificiale' o, come pure si usa enunciare, 'costruita' o 'addomesticata': in tale ultimo caso, difatti, evidente è il fatto che il diritto modifica enormemente la realtà del mondo fisico o sociale.

Come è stato efficacemente osservato, «la morte civile, ripudiata dalle Costituzioni moderne (è il senso dei divieti di privare, per motivi politici, gli uomini della capacità giuridica), evoca, nelle figure antiche come in quelle

bra, peraltro, trovare riscontro nell'ambito della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, all'art. 9, distingue il «diritto di sposarsi» da quello di «costituire una famiglia».

⁹⁴ È all'esame del Parlamento italiano il disegno di legge sulle Dichiarazioni anticipate di trattamento. Si tratta, più precisamente, del disegno di legge sulle 'disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento'.

dell'età moderna (dal *postliminium* del cittadino ridotto in prigionia, ai deportati ed agli emigrati della Rivoluzione francese, ai religiosi di fronte agli ordinamenti ispirati ad intransigente laicismo), il conflitto tra ordinamenti che affermano il reciproco ignorarsi o disconoscersi col cancellare i soggetti usciti o espulsi dai loro “confini” territoriali o ideali che siano. Si è detto del ripudio dell'istituto: ma è il formalismo del giurista o l'ottimismo della ragione a sostenere una constatazione così recisa, che ignora zone tuttora non trascurabili di capacità negata o compressa (anche quando cerca di attenuarne la penosa crudeltà, come accade per i rifugiati, i profughi o gli apolidi)⁹⁵.

E, ci si chiede, se non sia, forse, il caso di aggiungere alle elencate ipotesi di ‘capacità negata o compromessa’ anche la situazione di tutti coloro che tragicamente soffrono di malattie terminali?

Nota è il dissenso sulla ‘presunzione di morte’. Osservava a tal riguardo, con decisio-

⁹⁵ Così, RESCIGNO, *La fine della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 634 ss., relazione tenuta sempre nell'ambito dei lavori del noto convegno dell'Accademia dei Lincei del 1982 su *I fatti giuridici della vita materiale*, ai cui atti, per ogni opportuno apprendimento anche bibliografico, si rinvia.

ne che non ammette repliche, la dottrina classica francese che: «se vi ha uno stato definitivo, è ben quello della morte, e se vi ha un'idea inconciliabile con la morte, è ben quella del provvisorio»⁹⁶.

Un dato può, però, essere considerato di una certa fermezza: diversa è la questione del ‘momento’ della morte rispetto a quella del suo ‘accertamento’⁹⁷.

Si introduce, in tal modo, la controversa questione dell'ammissibilità o meno di un ‘diritto di morire’ o di ‘eutanasia’, che evoca il *Totenrecht* tardo ottocentesco tedesco, «nel segno dell'antimaterialismo filosofico e della ribellione al positivismo giuridico»⁹⁸. *Totenrecht* del quale risulterebbero essere ‘fiduciari’ gli strettissimi congiunti.

Una recente applicazione di un simile finale diritto pare poter essere considerato il tragico caso ‘Englaro’, nell'ambito del quale, in maniera non del tutto ineccepibile, il padre (e tutore della figlia, dunque, ‘terzo’) manifestò il consenso all'eutanasia passiva, forse, non rispettando del tutto quel principio giurisprudenziale oramai acquisito del consenso infor-

⁹⁶ Cfr. RESCIGNO, *La fine*, cit.

⁹⁷ Cfr. RESCIGNO, *La fine*, cit.

⁹⁸ Così, RESCIGNO, *La fine*, cit.