

PREFAZIONE

L'idea di attivare nelle aule pavese un insegnamento dedicato alla giustizia costituzionale nasce dai confronti, sempre stimolanti, con Luciano Musselli, nei quali emerge la convinzione che la riflessione sull'atteggiamento del diritto verso il sentimento religioso, attraverso la disamina degli interventi giurisdizionali, avrebbe dato un contributo alla comprensione delle difficoltà di esistenza anzi di sopravvivenza delle forme di pluralismo multiculturale nelle contemporanee democrazie.

In effetti, v'è un momento, nell'evoluzione storica delle organizzazioni politiche dell'Europa occidentale, in cui il diritto cessa di essere conoscenza della rivelazione divina o della volontà degli antenati e diviene il prodotto della decisione politica degli uomini: il diritto è la regola disposta dal sovrano terreno. Concorrono a questa svolta circostanze, che si manifestano nel succedersi del tempo, di natura economica, politica e culturale, in un intreccio probabilmente impenetrabile: certamente, un ruolo decisivo giocano sia la crisi religiosa del cinquecento, con la nascita del movimento protestante, sia, e forse soprattutto, l'emersione degli ideali dell'illuminismo quando alimentano l'immaginario ideologico del diritto come decisione politica ispirata dall'istanza egualitaria.

Nelle esperienze liberali del costituzionalismo la giustizia è perseguita rispettando i precetti posti non dalla divinità, bensì dalle carte costituzionali, esse pure frutto di decisione degli uomini, delle assemblee politiche, eppure destinate a divenire limite alle volontà delle assemblee in forza del loro contenuto immodificabile o, meglio, che aspira alla immodificabilità.

Anche per questa ragione, il rapporto fra religione e diritto è cruciale per chi si propone di comprendere la nostra esperienza costituzionale: vero è che la posizione verso il sentimento religioso è oggi la cifra per tracciare i rapporti fra autorità e libertà. Sul piano

individuale, là dove la fede è oggetto di tutela soprattutto attraverso l'imposizione di limiti alle altre libertà; sul piano collettivo, dove la declinazione della parità di trattamento di ogni confessione religiosa diviene parametro della evoluzione, o della involuzione, del pluralismo contemporaneo.

Il contenuto del primo capitolo del volume che qui si presenta tratteggia quanto appena accennato con la sapienza e la capacità di sintesi che danno il fascino della scrittura di Luciano Musselli: il quale, non bisogna dimenticarlo, è sempre stato guidato nei propri studi dalla fine sensibilità e dalla critica attenzione ai valori laici del costituzionalismo, come è assai ben testimoniato dai saggi scelti per la raccolta edita dall'ateneo pavese per onorare la sua memoria (*Società civile e società religiosa tra diritto e storia. Scritti scelti, 2016*).

Nei successivi capitoli emerge con nettezza l'altra consapevolezza, cui pure s'è fatto cenno all'inizio, che l'effettività dei diritti costituzionali – e dunque anche della libertà di fede – è quella assicurata dalle corti: non soltanto dal giudice delle leggi. Sempre più numerosi – e lo dimostra l'intelligente selezione di casi curata da Claudia Ceffa – sono gli interventi dei giudici comuni, ispirati dalla convinzione dell'immediata applicabilità delle norme costituzionali, come altrettanto cospicue sono le sentenze della corte di Strasburgo, a dimostrazione del fatto che proprio negli ambiti della libertà di coscienza e di religione è andato ad inverarsi di un sistema multilivello di garanzia contro le discriminazioni.

Quanto alla giurisprudenza costituzionale, considerazione particolare è giustamente riservata alla sentenza n. 203 del 1989, che, attraverso l'interpretazione sistematica (illuminata dal favor dal punto di vista formale innegabilmente assicurato dall'art. 7 Cost. alla Chiesa cattolica), orienta con prospettiva "positiva" il principio di laicità, fondandolo sull'esigenza di apertura paritaria verso ogni confessione religiosa. Si tratta di una statuizione confermata da sentenze successive sulle quali gli Autori richiamano l'attenzione (ad esempio, la sentenza n. 329 del 1997) e destinata a far da guida: così, ad esempio, segnando la sorte del reato di bestemmia, che dapprima supera i dubbi di costituzionalità (sentenza n. 79 del 1958), per poi sopravvivere ma nell'estensione a tutte le confessioni religiose (sentenza n. 440 del 1995).

In effetti la giurisprudenza costituzionale è assai ricca: tocca profili sia individuali, dal giuramento religioso all'obiezione di co-

scienza, sia collettivi: in tema di libertà di culto, opportuna riflessione è dedicata da Claudia Ceffa all'importante sentenza n. 52 del 2016, che riconosce la natura politica, e perciò insindacabile, della determinazione di avvio delle trattative di stipulazione delle intese previste dall'art. 8 Cost., come pure alla recente sentenza n. 63 del 2016 nella quale la corte, riprendendo un orientamento consolidato, cerca di trovare una collocazione ragionevole del pluralismo religioso fra esigenze urbanistiche e urgenze di pubblica sicurezza.

Queste recenti sentenze, sebbene significative, non tolgono valore alle critiche all'ordinanza n. 389 del 2004, con la quale la corte affronta la questione dell'esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche, dichiarando tuttavia la propria incompetenza in considerazione della natura regolamentare della fonte censurata: "si tratta di una sentenza – scrive Luciano Musselli – forse formalmente ineccepibile ma che tuttavia dà l'impressione di non aver colto l'occasione di chiarire una volta per tutte i termini della vicenda, magari ricollegandosi ai principi di fondo sottostanti la normativa in questione e che dà la sensazione di un'occasione perduta".

È l'intervento del 2011 della corte Cedu a riconoscere che il crocefisso è un simbolo religioso, ma nel medesimo tempo afferma che non vi sono prove che dimostrino la denunciata e temuta influenza sulla formazione scolastica dei giovani studenti. Bisogna ammettere che anche le sentenze della corte europea in materia di libertà religiosa sembrano talvolta trascurare la sostanza delle questioni sottostanti alla libertà religiosa – quale ad esempio il trattamento della donna nella famiglia – dando ampio credito al margine di apprezzamento, finendo così col rimettere intatte le questioni alle autorità giudiziarie interne.

Davvero interessanti su questo versante sono le decisioni passate in rassegna da Claudia Ceffa nell'ultimo capitolo, quando esplora il tema della libertà di coscienza in materia sanitaria. Ampio spazio è riservato alle decisioni della corte costituzionale aventi ad oggetto pratiche abortive e anticoncezionali e alla riscrittura della legge n. 40 del 2004 sulla procreazione assistita, come pure a quelle dei giudici comuni in tema di vaccinazioni obbligatorie e di pratiche circoncisorie. Emerge in questo ambito come spesso il giudice comune, sulla prima linea della tutela dei diritti, adotti soluzioni volte a bilanciare i beni in gioco più che a dettare imposizioni.

Si tratta di una strada difficile e convincente nel suo percorso laico: è l'arma culturale con la quale il pluralismo democratico può

affrontare, nella concretezza dei fatti di vita, i fondamentalismi, religiosi e non. Soprattutto deve essere una occasione di dibattito sulla valenza che in un contesto pluralistico può essere assicurato alla motivazione religiosa o comunque culturale dei comportamenti, anche per superare le rigidità di una prospettiva imperniata in modo semplificativo nella riconduzione di tali motivazioni dell'agire a semplici circostanze di legittimazione o, di volta in volta, di persecuzione delle condotte individuali.

Il volume di Luciano Musselli e Claudia Ceffa è, prima ancora che un ausilio alla didattica universitaria, un contributo a questo confronto culturale.

Pavia, febbraio 2017

Francesco Rigano

PREMESSA

Il presente volume nasce da un ciclo di lezioni tenute dal professor Luciano Musselli e raccolte dalla dott.ssa Claudia Bianca Ceffa, afferenti al corso di Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, attivato dall'Università degli Studi di Pavia, con il fine di predisporre un sussidio didattico utile allo studente per muoversi nell'ampio e variegato panorama dello sviluppo storico e giurisprudenziale del diritto fondamentale di libertà religiosa e di coscienza nell'ottica del principio di laicità dello Stato.

Il volume si compone di quattro capitoli dedicati a distinti ambiti applicativi delle libertà sopra richiamate: nel primo viene ad essere sinteticamente sviluppata la nozione storica della libertà di coscienza e di pensiero in ambito religioso muovendo i passi dall'antichità greca e romana fino ai tempi moderni, mentre nel secondo viene descritto ed inquadrato il principio di laicità dello Stato, partendo dalla fondamentale sentenza della Corte Costituzionale del 1989 attraverso l'opera adeguatrice del tessuto normativo italiano condotta dal legislatore e dalla giurisprudenza nazionali.

I restanti due capitoli offrono invece uno sguardo più settoriale ed attualizzante sulle dinamiche giuridiche attinenti al diritto di libertà religiosa e di coscienza sullo sfondo di alcuni dei più problematici ambiti pubblici anche alla luce dei cambiamenti innescati dal fenomeno del multiculturalismo.

I primi due capitoli sono stati redatti dal professor Luciano Musselli, professore emerito di diritto ecclesiastico dell'Università di Pavia, mentre i successivi capitoli, dedicati all'ambito scolastico e sanitario (III, IV) sono opera della dott.ssa Claudia Bianca Ceffa, dottore di ricerca in diritto pubblico presso il medesimo Ateneo e cultrice della materia alla cui didattica il volume è destinato.

Pavia, marzo 2014

PREMESSA

alla seconda edizione

Il diritto, con la complicità del tempo, evolve e muta rapidamente le proprie sembianze, rendendo talvolta ardua una sua corretta quanto consapevole conoscenza e fruizione.

A riprova di tale asserzione, negli ormai tre anni dall'uscita della precedente edizione del presente volume sono intervenute molteplici decisioni giurisprudenziali di importanza tale da rendere opportuna una seconda e più aggiornata rivisitazione degli argomenti trattati, in particolare negli ultimi due capitoli.

La necessità dell'aggiornamento del presente manuale è stata dettata, tuttavia, non solo dal desiderio di offrire un taglio contemporaneo degli argomenti trattati, ma anche da una precisa volontà di continuità con il passato, per tenere vivo il sempre attuale e prezioso insegnamento del Professore Luciano Musselli, venuto a mancare all'affetto dei suoi cari e dei suoi allievi nel settembre del 2015.

La presente edizione del manuale del corso di Giustizia costituzionale e diritti fondamentali dell'Università di Pavia si presenta, dunque, non solo nella sua veste di ausilio didattico allo studio delle vicende giurisprudenziali più significative in materia di libertà religiosa e di coscienza ma anche – e in un certo senso soprattutto – nelle intenzioni di chi scrive, di omaggio riconoscente verso il proprio Maestro.

Pavia, febbraio 2017

Claudia Bianca Ceffa

I

PROFILI GENERALI

SOMMARIO: 1. La libertà religiosa: premesse storico-teoriche. – 2. I diritti della coscienza e la loro tutela tra Ottocento e Novecento. – 3. La libertà religiosa dopo la caduta dei regimi totalitari. – 4. La libertà religiosa nell'ordinamento italiano. – 5. L'obiezione di coscienza ed il problema degli ambiti applicativi. – 6. La libertà religiosa in ambito scolastico accademico.

1. La libertà religiosa: premesse storico-teoriche.

Il tema della libertà religiosa deve essere affrontato partendo anche da premesse storico-teoriche: da questo punto di vista, una questione importante è quella della delimitazione del concetto di coscienza.

Come è noto, per obiezione di coscienza si intende, in campo giuridico, il rifiuto di obbedire ad una norma di carattere generale a causa dell'intima e personale adesione a principi di carattere religioso o morale: vediamo dunque come si è evoluta la libertà religiosa o di coscienza.

Cos'è la coscienza da un punto di vista non giuridico? Il termine latino "*con-scientia*"¹ (essere consapevoli), combinato con quella concezione di tipo moderno che già si riscontrava in Cicerone «*facere omnium secundum conscientiam*», rimanda ad un concetto di coscienza inteso come conoscenza del proprio essere, dei propri valori e dei propri doveri: il termine "coscienza" ha infatti un'accezione, oltre che religiosa, anche civica.

Questo concetto fu ripreso da Tertulliano, retore romano convertitosi al cristianesimo, per il quale non sarebbero potuti esistere migliori sudditi dei cristiani, i cui valori di coscienza andavano però rispettati: in seguito il termine "coscienza" assumerà una valenza di tipo confessionale-religiosa².

¹ Sulle premesse storico-semantiche del termine *conscientia* si veda S. VIOLI, *Normatività e coscienza. Contributo allo studio sulle obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 204 ss.

² Cfr. A. PORTOLANO, *Il problema dell'obiezione di coscienza in Tertulliano e Sant'Agostino*, Federico & Ardia, Napoli, 1971.

Si può dire che l'obiezione di coscienza trova storicamente la propria origine nell'ambito della Grecia antica e più esattamente nella tragedia *Antigone*³ di Sofocle, all'interno della quale la protagonista si trova coinvolta in una questione appunto di coscienza, essendo interiormente combattuta fra il rispetto del decreto emanato dal Re di Tebe, Creonte, che sanzionava con la pena di morte la sepoltura del fratello di Antigone e la lealtà verso i propri sentimenti e valori.

Antigone disobbedisce volontariamente al volere del Re e, accusata di disobbedienza al decreto reale, risponde di aver agito in base a delle leggi divine superiori ad una qualsiasi legge di natura umana, esponendosi così fatalmente alla condanna a morte.

Un copione non dissimile che vede comunque la tragica fine di colui che obbedisce ai valori della propria interiorità, si può inoltre ritrovare nella vicenda di Socrate, che preferì la morte alla rinuncia alle proprie convinzioni, come anche nelle persecuzioni cristiane messe in atto dai vari imperatori romani e nelle testimonianze di fedeltà al proprio credo rese dai martiri.

Il diritto di non essere costretti ad agire in campo religioso contro la propria coscienza fu rivendicato anche dai cristiani⁴ durante le persecuzioni e venne teorizzato, come già ricordato, da retori e giuristi quali ad esempio Tertulliano.

La battaglia a favore dell'autonomia della propria coscienza venne vinta dai cristiani nell'anno 313 d.C. quando, con l'editto di Milano⁵, l'imperatore Costantino decise di porre fine ad inutili

³ Cfr. G. STEINER, *Antigones/by George Steiner*, Clarendon Press, Oxford 1984; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, in I. DIONIGI (a cura di), *La legge sovrana*, BUR saggi, Milano, 2006. Sulla figura simbolica di Antigone in materia di obiezione di coscienza, tra i molti, cfr. R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Giappichelli, Torino, 1967, p. 137; F. D'AGOSTINO, *Obiezione di coscienza e verità del diritto tra moderno e post moderno*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2, 1989, p. 4; G. MATTAI, *Obiezione e dissenso*, in F. COMPAGNONI-G. PIANA-S. PRIVITERA (a cura di), *Nuovo Dizionario di Teologia Morale*, Paoline, Cinisello Balsamo, 1990, p. 815.

⁴ Sul collegamento fra cristianesimo e libertà di coscienza di vedano S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 238 ss., e 271; G. DALLA TORRE, *Europa. Quale laicità?*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 2003; A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità dello Stato costituzionale. Sulle radici "religiose" dello Stato "laico"*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 171 ss.

⁵ In occasione del diciassettesimo centenario dell'Editto di Milano sono stati pubblicati numerosi contributi sull'importante documento, tra questi L. MUSSELLI,

spargimenti di sangue, concedendo a chiunque di poter praticare la religione preferita: si tratta della prima affermazione del diritto di libertà religiosa che ritroviamo, espressa a chiare lettere e motivata con argomentazioni ancora oggi valide, appunto nel contesto nell'Editto di Milano emanato da Costantino e Licinio.

Tale editto non si riferiva solo alla religione cristiana ma con impianto straordinariamente moderno, attribuiva a tutti i sudditi dell'impero il diritto di professare la religione di loro scelta, purché tutti pregassero le divinità per la prosperità dell'Impero.

Tale provvedimento, giustificato dall'esistenza a quel tempo di un universo religioso particolarmente complesso che andava dalla religione ufficiale politeista romana ai culti misterici (di Bacco e Mitra) al culto del Sole, all'ebraismo ed infine ovviamente alla marea crescente ed inarrestabile del cristianesimo, offre un esempio di grande modernità nella tutela della libertà religiosa: con esso si dispone anche la restituzione dei luoghi di culto confiscati ai cristiani e la ricostruzione di quelli distrutti.

Tramite quindi l'Editto di Milano si viene ad avere una prima reale ed estremamente significativa affermazione del diritto di libertà religiosa⁶ che si distingue nettamente dai precedenti editti di tolleranza o di clemenza, come quello emesso a Serdica da Galerio.

L'elemento di distacco è costituito dal fatto che non si tratta più di un atto di "*indulgentia principis*", motivata per di più da una condizione di impossibilità di estirpare la nuova religione ma della concessione a tutti, e quindi anche ai cristiani, della «*liberam potestatem sequendi religionem quam quisque voluerit*» (perciò non tanto e solamente ai cristiani ed ai seguaci della religione politeista romana, ma anche al variegato panorama degli adepti delle più diverse

Alle radici dei concetti di libertà religiosa, laicità e separatismo: nuove prospettive interpretative circa l'editto di Milano di Costantino e Licinio, in *Rivista teologica di Lugano*, XVIII, 3, 2013, pp. 433-439; N. COLAIANNI, *L'editto e la dote: un anniversario della libertà religiosa?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it).

⁶ G. LOMBARDI, *L'Editto di Milano e la laicità dello Stato*, PUL, Roma, 1984. L'argomento è ripreso in seguito in un quadro storico evolutivo dal medesimo autore G. LOMBARDI, *Persecuzioni, laicità e libertà religiosa dall'Editto di Milano alla "Dignitatis Humanae"*, Studium, Roma, 1991. Per il testo latino e greco dell'Editto vedasi P. SCAGLITTI (a cura di), *L'Editto di Costantino, testo greco e latino a fronte*, La vita felice, Milano, 2013.

religioni e sette) e quindi di quella che potremo definire la prima forma di libertà religiosa o di culto, a patto che ciascuno avesse una sua propria religione e proprie divinità alle quali rivolgere il culto pregando per la “*res publica*” romana.

In fondo siamo sempre nel campo dell'accoglienza nell'impero delle varie divinità che aveva caratterizzato la costruzione del Pantheon.

Dal punto di vista ideologico la giustificazione di questa sorta di tolleranza universale viene ricercata in un discorso le cui radici affondano in una visione di diritto naturale e delle genti che veicola un'idea molto moderna, quella cioè dell'inopportunità di imporre visione o pratiche di tipo religioso contro coscienza, un discorso di tipo decisamente interessante e moderno per i tempi.

Così, al di là delle differenze dovute anche alla tipologia delle fonti attraverso cui l'editto ci è stato tramandato, che talora risentono dell'apologetica cristiana come anche di suggestioni del pensiero filosofico, il discorso di fondo appare omogeneo.

L'editto di Milano era però anche e così viene spesso interpretato dagli storici, un trionfo del cristianesimo e questo lato di esso si evidenzia quasi subito nella politica religiosa di Costantino che mostra un crescente favore verso la religione cristiana e le sue istituzioni, rivendicando nel contempo un potere di controllo sulla stessa che viene a sostituire quella pagana come religione per ora “semiufficiale”⁷.

Se però Costantino mostra ampio favore verso il cristianesimo nello stesso tempo assume forti posizioni di controllo nei confronti di tale religione e delle sue istituzioni, ingerendosi nella gestione dei concili ecumenici, come quello di Nicea, la vincolatività della cui normativa, anche in ambito pubblico, dipende dalla ratifica imperiale.

Inoltre egli assume un controllo che andrà incentivandosi sulla nomina del Papa, vescovo di Roma anche se formalmente fatta dal clero e dal popolo romano.

Si avvia così quel sistema di alleanza tra trono ed altare e di oggettivo assoggettamento della Chiesa al potere imperiale che verrà

⁷ N. COLAIANNI, “A chiare lettere”. *L'editto e la dote, un anniversario della libertà religiosa?*, in *Stato, Chiese pluralismo confessionale*, Rivista telematica, n. 1, 2013. Lo stesso autore riprende con maggiore ampiezza la medesima tematica in un ampio articolo dal titolo “*La libertà di Costantino con gli occhiali del giurista di oggi*”, in www.forumcostituzionale.it. Adde G. FILORAMO, *La croce e il potere. I cristiani da martiri a persecutori*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

definito “costantiniano” e che sarà alla base di quel rapporto tra Chiesa e Stato definito “cesaropapista”.

Questo processo verso la creazione di una Chiesa di Stato si intensifica con i successori di Costantino: tale situazione è normativamente riflessa nel Codex Theodosianus ed in quello giustiniano.

Nell’anno 380 d.C. con l’editto di Tessalonica venne però imposto a tutti i sudditi dell’Impero romano di abbracciare la religione cristiana, pena la persecuzione dei dissidenti: gli adepti delle religioni antiche dovettero così lasciare le città per riparare nei villaggi diventando i c.d. pagani (da *pagus*, villaggio).

Dal 380 d.C. si assiste dunque al sorgere dell’istituto della religione di Stato⁸ e di una vera e propria situazione di intolleranza che porterà alla comminazione della pena di morte per i dissidenti.

Ritornando all’*iter* evolutivo della libertà di coscienza in ambito medievale, constatiamo come il Medioevo abbia rappresentato un’epoca in cui non poteva configurarsi l’idea di un individuo titolare di diritti che si ponessero in contrasto con lo Stato e la Chiesa: la mentalità medievale si caratterizzava infatti in virtù di un modo di pensare e di agire per collettività e corporazioni.

L’idea di un comportamento individuale dettato dall’interiorità in contrasto con gli imperativi del potere temporale e spirituale poteva forse riscontrarsi solo nell’ambito dei movimenti eretici particolarmente libertari, ma anche in questi contesti si era sempre di fronte a qualcosa di non puramente individuale: il diritto di esercitare un libero giudizio sulle fonti religiose e letterarie classiche si muoveva in un’atmosfera in cui l’elemento collettivo era sempre prevalente.

Ciò anche se già dai tempi di Valdo di Lione, fondatore della futura chiesa valdese e dei movimenti ereticali del due e trecento (Catari e Patari) si afferma il diritto dei cristiani di accedere direttamente alla lettura ed alla predicazione delle sacre scritture, negando il monopolio ecclesiastico in questo ambito, monopolio che verrà definitivamente sancito nel Concilio tridentino.

Solo con l’Umanesimo si valorizzerà la sfera del pensiero individuale ed il rilievo della valutazione critica di fronte alle tradizioni ed

⁸ L’Italia ha abolito l’istituto della religione di Stato solo nel 1984, in occasione della Revisione dei Patti Lateranensi avvenuta con gli Accordi di Villa Madama, attraverso la dichiarazione di cessazione di vigore dell’art. 1 del Trattato Lateranense che, richiamando l’art. 1 dello Statuto Albertino dichiarava la religione cattolica “sola religione dello Stato”.