

PRESENTAZIONE

a cura di *Mario Patrono*

Eravamo in 5 quella mattina di febbraio del 1970 ad aspettare in preda all'emozione. Quei 5, per citarli in ordine alfabetico, erano: Nino Olivetti Rason, lo scrivente, Giorgio Recchia, Vincenzo Vigoriti e Sara Volterra. La nostra provenienza era disseminata. Vigoriti e la Volterra erano, per così dire, 'di stanza' all'Università di Firenze, Sara alla Facoltà di Scienze Politiche e Vigoriti, se non ricordo male, a Giurisprudenza. Nino Olivetti e chi scrive all'Università di Padova, anche noi – come Sara – a Scienze Politiche. Giorgio Recchia veniva dalla Scuola di Napoli via Paolo Tesauero e Francesco D'Onofrio. Il luogo? Il corridoio dell'Istituto di Diritto pubblico di Giurisprudenza, Università di Roma (così detta allora senza altra definizione, dato che a Roma di Università pubbliche ce n'era una soltanto; poi vennero Tor Vergata e Roma3, e a quel punto 'quella' Università di Roma prese il nome di 'La Sapienza', che già prima aveva, per la verità, ma che non si usava mai). Dominava in quell'Istituto, a quel tempo, la figura di due Maestri di altissimo livello scientifico, Massimo Severo Giannini e Vezio Crisafulli; l'ombra dei quali aleggiava tutt'attorno. Eravamo dunque lì, noi 5, in attesa di essere chiamati a sostenere la prova 'sui titoli' all'esame di abilitazione alla 'Libera Docenza', che diverrà anni dopo – avendo nel frattempo assunto connotati un po' diversi – la prova per il conseguimento del titolo di Professore associato. La 'Libera Docenza', lo dico per i più giovani, era un passaggio obbligato del cursus honorum di un (futuribile) professore universitario. Senza, la carriera si bloccava; avendola conseguita, invece, era possibile a quel punto ottenere, prima, un'incarico d'insegnamento, e poi (a Dio piacendo) proseguire in avanti fino alla 'Cattedra'.

La 'nostra' Commissione era composta dai professori: Guido Lucatello, presidente; Francesco D'Onofrio, libero docente e (pertanto) segretario: Alberto Predieri, Antonio La Pergola e Paolo ('Paolino') Tesauero. La prova di 'Libera Docenza', alla quale noi 5 eravamo candidati, si svolgeva nel campo del 'Diritto Pubblico Americano', un settore molto specializzato del Diritto Pubblico Comparato che era stato introdotto nelle Università italiane pochi anni prima e che ebbe un breve ciclo di vita: un solo (che io sappia) Concorso a Cattedra, la cui 'terna' di vincitori era composta da Giovanni Bognetti, Antonio La Pergola e Paolo Tesauero (e conseguente 'sacrificio' di Guglielmo Negri); e una sola 'Libera Docenza', appunto la nostra di quel giorno.

Sara Volterra, tra noi 5, era senz'altro quella che aveva nel suo curriculum i titoli maggiori. Aveva conseguito la Laurea in Scienze Politiche nel 1961 con una Tesi in Diritto Costituzionale – discussa con il Professor Giuseppe Maranini – che

le valse il Premio dell'Associazione laureati 'Cesare Alfieri' come migliore laureata del biennio. Aveva Studiato a lungo negli Stati Uniti e in Canada. Soprattutto, e a tacer d'altro, presentava ben due monografie in veste 'definitiva'.

Una dedicata ai 'Sistemi elettorali e partiti negli Stati Uniti', uscita nel 1963, un argomento di cui allora ben pochi erano gli Studiosi italiani che se ne fossero occupati. V'era in letteratura, che io ricordi, una monografia di Ferri, Le leggi elettorali degli Stati Uniti, del 1946; un libro di Guglielmo Negri, Il leader del partito anglosassone, del 1958, e – ma non specificamente dedicato al tema – una famosa monografia di Giambattista Rizzo, La Repubblica presidenziale, del 1944. Nelle pagine di presentazione, Giuseppe Maranini scriveva che «Nel suo informatissimo e documentato Studio Sara Volterra ci aiuta a vedere con chiarezza come: a) la costituzione federale, con il frazionamento verticale e orizzontale del potere; b) la legge elettorale maggioritaria, che fa del collegio elettorale un microcosmo politico a misura d'uomo; c) la legislazione volta a democratizzare la vita interna dei partiti (primarie dirette), abbiano felicemente contribuito a impedire il sorgere negli Stati Uniti di oligarchie di partito centralizzate, capaci di vanificare gli organi formali del potere federale. Questa lezione di storia ha un grande valore, poiché aiuta a vedere quali condizioni possano fare dei partiti strumenti di vita democratica, e quali invece possano farne strumento di tirannide oligarchica».

La seconda monografia, anch'essa presentata per la 'Libera Docenza', era 'L'indipendenza del giudice negli Stati degli Stati Uniti', del 1970. Questo secondo libro non lo conoscevo, essendo appena uscito. Lo avrei letto più avanti e mi fece una grande impressione; non tanto, o meglio, non soltanto per la dottrina (della stessa Sara e di altri Studiosi che nel libro Sara discuteva) e per la gran massa di informazioni che quel libro conteneva, e cioè non solamente per ciò che vi era scritto, ma direi soprattutto per le cose o meglio la cosa che campeggiava e circolava, implicita e chiara, per ogni dove nel libro. Come infatti è possibile discorrere seriamente di indipendenza (e connessa imparzialità) del giudice in un sistema in cui i giudici sono per tanta loro parte di designazione politica (elezione popolare, nomina dell'Esecutivo, elezione da parte del Legislativo statale)? Per noi sarebbe impensabile. Una contraddizione in termini.

Qui apro una parentesi. Nel 1999, durante l'anno 'sabatico' che andavo spendendo alla Law Faculty di Wellington, NZ, ebbi l'occasione di incontrare l'allora presidente della Court of Appeal della Nuova Zelanda, Sir Ivor Richiardson. Lo informai della esistenza in Italia del Consiglio Superiore della Magistratura, organo destinato a salvaguardare l'indipendenza del Giudiziario; ne illustrai le peculiarità funzionali e i meriti sul piano operativo. Ne parlai con orgoglio, come di istituzione buona e giusta. Sir Ivor mi ascoltò con la pazienza e l'attenzione che sono caratteristiche dei giudici. Quando ebbi finito, Sir Ivor mi guardò e disse: «ne avete ancora bisogno?». Capii cosa volesse dire. Quando tutt'attorno a un edificio vi è posta una complessa impalcatura, è segno che quell'edificio è pericolante, ché altrimenti non ce ne sarebbe bisogno. Qui chiudo la parentesi.

Per noi, appunto. Ma la designazione politica di giudici indipendenti cessa dall'essere una cosa impossibile, una contraddizione in termini, e diventa invece un fatto plausibile e perfettamente fisiologico, allorché la cultura della legalità e dei diritti, dell'eguaglianza e della libertà, costituiscono elementi strutturali di un sistema politico che si chiama 'democrazia'. Dove la democrazia è debole, sono ne-

cessarie impalcature 'di garanzia' forti. Quando la democrazia è forte, sono sufficienti impalcature 'di garanzia' deboli.

Conseguimmo la 'Libera Docenza' tutti e 5. Dopo di che, Sara fu professore incaricato alla 'Cesare Alfieri' per 10 anni, dal 1971 al 1981. In questo periodo, come del resto sempre, sia prima che dopo, lavorò intensamente su varie tematiche; e nel 1980 pubblicò uno degli scritti che condidero tra i suoi migliori: 'La Costituzione italiana e i modelli anglosassoni, con particolare riguardo agli Stati Uniti', in cui, a partire dagli interventi di alcuni dei Costituenti, e segnatamente di Piero Calamandrei e di Luigi Einaudi, si analizzava ascendenza e influenza sul testo costituzionale di istituti e dottrine 'americane'.

Divenuta professore ordinario, fu chiamata a Padova/Scienze Politiche all'insegnamento di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato, Cattedra che condivise con me per alcuni anni. Lì imparai a conoscere Sara come persona e come Studiosa. Una cosa sola in due funzioni distinte. Solare e puntigliosa. Che dà e pretende. Uno spirito libero. Studiava in quegli anni i diritti delle minoranze etniche e razziali e la loro tutela. I diritti delle donne. Imparai da lei, come imparai prim'ancora da Antonio La Pergola, il mio Maestro, e naturalmente dalle mie esperienze 'sul campo' in vari Paesi anglosassoni, la logica (e la dottrina) della 'Common Law'; il che mi avrebbe poi consentito, molti e molti anni più tardi, di tenere un Corso di 'Civil Law for Common Lawyers' in Nuova Zelanda (2016).

Mi accorgo adesso di non aver fatto alcun cenno a un elemento che è indivisibile da Sara Volterra: la passione civile. Per la giustizia sociale. Solo se si tiene conto di questo elemento è infatti possibile, non solamente intendere i suoi interessi tematici, ma anche l'impostazione scientifica dei suoi lavori. I 'gruppi deboli' sono per Sara, più che l'oggetto' di tanti suoi Studi, il campo di battaglia in cui combattere a difesa. Sempre da sola. Mai sola.

Oggi, doverosamente, un gruppo di Colleghi legati a Lei da un vincolo di profonda ammirazione Le dedica questo Libro di Studi come segno tangibile di amicizia.

Prof.ssa Sara Volterra

*Professore Emerito di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato
Università degli Studi di Padova*

Curriculum essenziale dell'attività scientifica e didattica

Ha conseguito la laurea in Scienze Politiche presso l'Università di Firenze il 31 ottobre 1961, discutendo una tesi di Diritto Costituzionale con il Prof. Giuseppe Maranini voto 110/110 e lode e dignità di stampa.

La tesi ha ottenuto il premio dell'Associazione laureati "Cesare Alfieri" per essere stata giudicata la prof.ssa Volterra la miglior laureata del biennio.

* * *

Ha usufruito di una borsa di studio Fulbright – USA, presso American Academy of Comparative Law Università SMU Dallas, Texas. La borsa è stata prolungata per ricerche sul potere giudiziario degli Stati americani nel 1964.

* * *

Stagista presso il 99° Seminario di Diritto Americano e Istituzioni giuridiche del Salzburg Seminar – Patrocinato dalla Harvard University a Salisburgo nel 1965.

* * *

Ha conseguito la libera docenza in "Diritto Pubblico Americano", Decreto Ministero Pubblica Istruzione n. 6372 del 9 dicembre 1971.

* * *

Borsista del Governo canadese per ricerche in Canada nel 1989 presso l'Università di Toronto, York University, Queen's University a Kingston.

* * *

Visiting Professor, Facoltà di Giurisprudenza Columbia University, New York USA nel 1997.

* * *

Ha partecipato a numerosi convegni su temi di interesse costituzionalistico, svolgendo relazioni, comunicazioni ed interventi.

* * *

Ha insegnato Diritto Costituzionale Italiano e Comparato e Eguaglianza e Garanzie presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Padova.

* * *

È stata componente del direttivo della Scuola di Specializzazione in Istituzioni e Tecniche di Tutela dei Diritti Umani (corso post-laurea Università degli Studi di Padova).

* * *

Professore incaricato presso la Facoltà di Scienze Politiche, dell'Università degli studi di Firenze, dal 1971 al 1981.

Professore Ordinario Cattedra di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato, Università degli studi di Padova dal 1981 al 2008.

Professore Emerito presso l'Università degli Studi di Padova dal 28 luglio 2009.

* * *

È autore di molte pubblicazioni di argomento giuridico, principalmente sui seguenti temi:

- Sistemi elettorali e partiti
- Difesa dell'ambiente
- Comunità locali e scuola negli USA
- Costituzione e Corte Suprema USA
- Modello anglo-americano e costituente italiana
- Diritto minoranze etniche e linguistiche in USA e Canada.

Elenco delle pubblicazioni della Prof.ssa Sara Volterra

I simboli religiosi nello spazio pubblico negli Stati Uniti d'America, in *Liber amicorum in onore di Carlo Amirante – Costituzione Economia Globalizzazione*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2013.

Il Federalismo statunitense: un aggiornamento sugli ultimi vent'anni, in *Federalismi a confronto* a cura di A. Benazzo, Cedam, Padova, 2010 pp. 35-51.

Il rapporto tra il Presidente ed il Senato degli Stati Uniti d'America nella nomina dei Giudici Federali con particolare riferimento alla presidenza di G. Bush jr., in *Studi in onore di Michele Scudiero*, vol. IV, Jovene, Napoli, 2009, pp. 2303-2338.

La politica giudiziaria del Presidente Obama, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, anno 42, n. 165-166, III e IV trim. 2009, pp. 125-142.

Un "dialogo" a più voci: l'esperienza degli ultimi decenni nell'interpretazione del federalismo statunitense, in *Federalismo, decentramento e revisione costituzionale negli ordinamenti policentrici*, in *Liber amicorum per Nino Olivetti Rason*, Cleup, Padova, 2009, n. 5-6, sett.dic. 2009, pp. 101-117.

Le due facce del secondo emendamento della Costituzione Federale americana, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2008.

La revisione costituzionale negli Stati Uniti d'America con particolare riguardo alle proposte recenti, in *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, a cura di G. D'Ignazio e S. Gambino, Giuffrè, Milano, 2007 pp. 359-389.

Gruppi minoritari ed emarginati davanti alla Corte Suprema tra il 1874 e il 1910, in Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti tra il 1874 e il 1910, a cura di Sara Volterra, Giappichelli, Torino, 2004.

Introductions, in *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada*, a cura di C. Casonato, Università di Trento, 2004.

La passione civile di un giurista pragmatico, in *Istituzioni e poteri nell'Italia contemporanea*, Atti del Convegno in memoria di G. Maranini (Firenze, 29-30 novembre 2002), 2004, pp. 195-197.

L'art. 7 della Charter of Rights and Freedoms e la Corte Suprema: 1991-2003, in *La protezione dei diritti fondamentali: Europa e Canada a confronto*, a cura di S. Gambino, Giuffrè, Milano, 2004.

Language Rights in Western European States, in Post Second World War Constitutions (Ateneo Puertorriqueno), a cura E. Morales, Coll in Lengua del Pueblo Lengua del Estado, Atti del Convegno del Convegno Internazionale presso l'Ateneo puertoricuense, a cura di E. Morales, Coll per International Academic of Linguistic Law, San Juan Puerto Rico, 2002, pp. 103-137.

Libertà di espressione ed "espressioni odiose" nella società pluralista con particolare riguardo agli Stati Uniti e al Canada, in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, vol. 1, 2002.

The role of the Canadian Supreme Court: debates and suggested Reforms, Atti del Convegno Internazionale di Monopoli, 30 maggio-3 giugno 2001, a cura di G. Dotoli, Schena, 2002.

Tradizione e innovazione nelle elezioni presidenziali statunitensi del 2000, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, vol. 1, 2001.

La Corte Suprema federale garante dei diritti di libertà di pensiero e di stampa, in Il Canada: un laboratorio costituzionale, a cura di S. Gambino e C. Amirante, Cedam, Padova, 2000.

Il 'contropotere': presente e futuro del Parlamento negli Stati Uniti d'America, in *Storia d'Italia. Il parlamento vol. Annali 17*, a cura di L. Violante, Einaudi, Torino, 2001.

La tutela delle minoranze etniche e razziali nel Regno Unito, in *La tutela giuridica delle minoranze*, a cura di S. Bartole, N. Olivetti Rason, L. Pegoraro, Cedam, Padova, 1998.

Donne e cittadinanza nel Regno Unito, in *Genere Democrazia: la cittadinanza delle donne a cinquant'anni dal voto*, a cura di F. Bimbi, A. Del Re, Rosemberg & Sellier, Torino, 1997.

I diritti delle minoranze, delle donne e dei "gruppi deboli" in Canada, in *Regioni e governo locale. Esperienze e culture a confronto*, a cura di S. Gambino e G. Fabbri, Maggioli, Rimini, 1997.

La Carta dei diritti canadese (con particolare riferimento al concetto di dignità) in una prospettiva comparata, in *L'ordinamento costituzionale canadese*, a cura di J. Fremont, A. Lajoie, R.J. Sharpe, R. Simeon, S. Volterra, Giappichelli, Torino, 1997.

The Influence of the Community Legal Order on the Domestic Law of Member states of the European Union, in *Essays in European Law and Israel, the Michael Schaer Institute for Legislative Research and Comparative Law Jerusalem*, curatore Alfredo Rabello, 1996, pp. 1212-1995.

La giurisprudenza statunitense nelle pronunce della Corte Suprema federale del Canada, in *Studi in memoria di Guglielmo Negri*, 1994, p. 483 ss.

Il diritto alla casa nella giurisprudenza costituzionale, in *L'attuale crisi dell'edilizia residenziale pubblica: le ragioni della sua storia e le possibili soluzioni*, Atti del Convegno del 25 giugno 1993 Fondazione Cini – Venezia, a cura di V. Domenichelli.

L'uso della storia, del pensiero dei Framers e del "Federalist" da parte della Corte Suprema in alcuni recenti sentenze, in *Il Federalista 200 anni dopo*, a cura di G. Negri, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 219-234.

Congress and the Supreme Court in the Tranquillized Fifties, in *Rivista di studi anglo americani*, anno VI, n. 6, Piovan, Abano Terme, 1986, pp. 123-160.

La costituzione del Canada valori e autonomie, in *L'Influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. Pizzorusso e V. Varano, vol. 2, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 1379-1411.

La nuova Costituzione canadese e il problema delle minoranze – Individuo, Collettività e Stato: momenti critici e processi evolutivi, a cura di F. Lentini, Acquario, Palermo, 1983, pp. 315-354.

Segreto professionale dei giornalisti e Giudice delle costituzionalità: studi comparatistici, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, vol. 2, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 179-264.

La Costituzione italiana e i modelli anglosassoni, con particolare riguardo agli Stati Uniti, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, a cura di U. De Siervo, vol. 2, Il Mulino, Bologna, 1980.

Recenti tendenze all'uso dell'Iniziativa popolare e del Referendum negli Stati Uniti, in Federalismo statunitense fra autonomia e centralizzazione, Quaderni dell'Istituto di Studi Nord Americani, Clurb, Bologna, 1979, pp. 171-200.

Voce Corte Suprema, in *Storia del Nord-America*, in *Il Mondo contemporaneo*, a cura di P. Bairati, La Nuova Italia, Firenze, 1978, pp. 15-30.

Voce Costituzione, in *Storia del Nord-America*, in *Il Mondo contemporaneo*, a cura di P. Bairati, La Nuova Italia, Firenze, 1978, pp. 31-45.

Suprema Corte degli Stati Uniti, in *Il mondo contemporaneo*, a cura di L. Violante, 1978.

Il potere politico dalla "Nuova frontiera" alla "New American revolution", in *Studi parlamentari di politica costituzionale*, VI, n. 19-20, 1973, pp. 27-48.

L'indipendenza del giudice negli Stati degli Stati Uniti d'America, Giuffrè, Milano, 1970.

Il modo di nomina dei Giudici Federali degli Stati Uniti in rapporto all'indipendenza della Corte, in *La Giustizia Costituzionale: tavola rotonda*, a cura di Giuseppe Maranini-Vallecchi, Firenze, 1966, pp. 321-345.

Sistemi elettorali e partiti in America, Giuffrè, Milano, 1963.

ELENCO DEGLI AUTORI

ALBINO LUCA, *Ricercatore di Istituzioni di Diritto Pubblico, Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche, Università degli Studi della Calabria;*

ALICINO FRANCESCO, *Professore associato di Diritto Pubblico Comparato e incaricato di Diritto Pubblico delle Religioni presso la LUM “Jean Monnet” di Casamassima (Bari);*

ANCORA FELICE, *Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Dipartimento di Diritto Pubblico e di Studi Sociali, Università degli Studi di Cagliari;*

ARAVANTINOU LEONIDI GIULIA, *Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni Politiche Comparate, Università la “Sapienza”, Roma;*

BRUNO FERNANDA, *Professore ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Università la “Sapienza”, Roma;*

CALAMO SPECCHIA MARINA, *Professore ordinario di Diritto Costituzionale Comparato, Università degli Studi “Aldo Moro”, Bari;*

CARVALE GIULIA, *Professore associato di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato, Università la “Sapienza”, Roma;*

CASONATO CARLO, *Professore ordinario di Diritto Costituzionale Comparato, Università degli Studi di Trento;*

CECCHERINI ELEONORA, *Professore associato di Diritto Costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza – Centro dipartimentale di ricerca sui sistemi costituzionali – Università degli Studi di Genova;*

CHELI ENZO, *Professore di Diritto Costituzionale e Giudice emerito della Corte Costituzionale;*

CONTINI GIUSEPPE, *Professore emerito di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Cagliari;*

DE CARIA RICCARDO, *Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Torino;*

DE VERGOTTINI GIUSEPPE, *Professore emerito di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Bologna;*

DELL'ATTI LUCA, *Dottorando di ricerca in Principi Giuridici ed Istituzioni tra Mercati Globali e Diritti Fondamentali, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi "A. Moro", Bari;*

DICOSOLA MARIA, *Ricercatore di Diritto Pubblico Comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi "A. Moro", Bari;*

FABIANO LAURA, *Professore associato di Diritto Pubblico Comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi "A. Moro", Bari;*

FERIOLI ELENA, *Ricercatore confermato di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Bologna;*

FERRARI GIUSEPPE FRANCO, *Full Professor of Constitutional Law Department of Legal Studies Bocconi University;*

FROSINA LAURA, *Assegnista di ricerca di Diritto Pubblico Comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche, Università la "Sapienza", Roma;*

GAMBINO SILVIO, *Professore ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, Università degli Studi della Calabria;*

GERBASI GIAMPAOLO, *Professore associato di Diritto Pubblico Comparato, Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, Università degli Studi della Calabria;*

GOBBO MAURILIO, *Professore ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Padova;*

LANCHESTER FULCO, *Professore ordinario di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato, Università la "Sapienza", Roma;*

LOUVIN ROBERTO, *Professore associato di Diritto Pubblico Comparato, Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali dell'Università degli Studi della Calabria;*

LUNARDI GRAZIELLA, *Dottore di ricerca, Centro di Ateneo per la Disabilità e l'Inclusione, Università degli Studi di Padova;*

MANCINI SUSANNA, *Professore ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Scuola di Giurisprudenza di Bologna, Adjunct Professor of International Law, SAIS Johns Hopkins University;*

MAZZITELLI ALESSANDRO, *Professore associato di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi della Calabria;*

McMENAMIN REBECCA, *Victoria University of Wellington student, studying towards LLB(Hons)/BA; board member of Speech New Zealand, Adv ASB;*

MOSTACCI EDMONDO, *Professore di Diritto Costituzionale e Diritto Pubblico dell'Economia presso l'Università degli Studi "Bocconi", Milano;*

MURGIA COSTANTINO, *Professore ordinario di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato, Università degli Studi di Cagliari;*

NASI CLAUDIA TERESA, *Ricercatore confermato di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Torino;*

OLIVETTI RASON NINO, *Professore ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Padova;*

ORLANDI MARIA ANGELA, *Ricercatore confermato di Diritto Pubblico Comparato con incarico di Diritto Costituzionale Comparato ed Europeo, Università degli Studi di Genova;*

PALICI DI SUNI ELISABETTA, *Professore ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Torino;*

PATRONO MARIO, *Emeritus Professor of European and Comparative Public Law at the University of Rome 'La Sapienza'; former Director of the Department of Legal Studies at the University of Padua, and member of Higher Council for Judiciary (Consiglio Superiore della Magistratura);*

PEGORARO LUCIO, *Profesor afiliado en la Universidad Autónoma de Nuevo León;*

PENNICINO SARA, *Ricercatore di Diritto Pubblico Comparato, Dipartimento di Scienze Politiche Giuridiche e Studi Internazionali, Università degli Studi di Padova;*

PICACCHIA PAOLA, *Professore aggregato di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università la "Sapienza", Roma;*

PILIA RITA, *Professore associato di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Cagliari;*

POLI MARIA DANIELA, *Postdoctoral Fellow presso lo Zukunfts Kolleg e il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Costanza (Germania);*

PUZZO FERNANDO, *Ricercatore confermato di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi della Calabria;*

REPOSO ANTONIO, *Professore ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Padova;*

RODRIQUEZ SIMONA, *Ricercatore di Diritto Pubblico Comparato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova;*

ROLLA GIANCARLO, *Professore ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Genova;*

ROMEO GRAZIELLA, *Assistant Professor di Diritto Costituzionale, Università degli Studi "Bocconi", Milano;*

SALVEMINI PIERSABINO, *Dottorando di ricerca in Principi Giuridici ed Istituzioni fra Mercati Globali e Diritti Fondamentali, Università degli Studi "Aldo Moro", Bari;*

SAWICKI JAN, *Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni Politiche Compare; docente a contratto nelle Università Statale e Cattolica di Milano;*

SEATZU FRANCESCO, *Full Professor of International and European Union Law, University of Cagliari, Italy;*

TOMASI MARTA, *Dottore di ricerca in Studi Giuridici Comparati ed Europei, Assegnista di ricerca, Libera Università degli Studi di Bolzano, associate editor del BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto;*

TONIATTI ROBERTO, *Professore ordinario di Diritto Costituzionale Comparato, Università degli Studi di Trento;*

TONIN CARLA, *Dottore di ricerca, Centro di Ateneo per la Disabilità e l'Inclusione, Università degli Studi di Padova;*

TORRE ALESSANDRO, *Professore ordinario di Diritto Pubblico Costituzionale, Università degli Studi "A. Moro", Bari;*

ZEI ASTRID, *Professore associato di Diritto Pubblico Comparato, Università la "Sapienza", Roma.*

Luca Albino

Il problema dei Decreti Legge nel pensiero giuridico e nell'interpretazione giurisprudenziale di Lodovico Mortara

Sommario: Premessa. – 1. L'evoluzione del pensiero di Mortara sui decreti legge. Il commentario delle leggi e del codice di procedura civile del 1899. – 2. Il commento alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma del 20 febbraio 1900. – 3. L'abbandono della cattedra universitaria, l'ingresso in Magistratura e l'esperienza politica. – 4. La sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione di Roma del 16 novembre 1922. – 5. La sentenza della I sez. penale della Corte di Cassazione di Roma del 30 dicembre 1922 e la nuova edizione del Commentario delle leggi e del codice di procedura civile del 1923. – 6. Il prepensionamento di Mortara e le successive vicende personali. – 7. La fase successiva della giurisprudenza e della legislazione in materia di decreti legge. La sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione del 6 maggio 1924 e la legge n. 100/1926.

Premessa.

Il problema dei decreti legge quale fonte del diritto è stato uno degli argomenti caratterizzanti il pensiero, la riflessione scientifica e l'agire giudiziario di Lodovico Mortara. La rilevanza di tale questione risiede nel fatto che essa è uno snodo fondamentale per comprendere i rapporti più complessivi tra il Parlamento, il Governo e la Magistratura. In tal senso, per comprendere la vicenda umana e professionale di Lodovico Mortara bisogna anche inquadrarla in un periodo storico di notevoli e drammatiche trasformazioni della forma di stato e della forma di governo.

Come ha autorevolmente scritto Salvatore Satta, "Mortara giudice ricomprende, nel lungo corso della sua carriera, il Mortara legislatore, il Mortara politico, il Mortara scienziato, poiché la sua opera giuridica è soprattutto opera di giudice"¹. E proprio in quanto giudice, uomo della norma del caso concreto, della risoluzione delle controversie che la figura di Mortara appare delinearsi, connotata dai tratti del rigore della scienza giuridica, ma anche da uno spiccato pragmatismo, da un'adesione al dato concreto che, come si vedrà, attraverserà le alterne vicende della sua vita².

¹ S. SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro, 2004, 396.

² Sulle vicende biografiche di Lodovico Mortara cfr. G. MORTARA, *Appunti biografici su Lodovico Mortara*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* n. 19, Milano, 1990, 107 ss. e la voce 'Lodovico Mortara', scritta da N. PICARDI per il *Dizionario Biografico degli italiani*, vol. 77, 2012.

Occorre in primo luogo ricordare come nello Statuto Albertino il decreto legge, ma anche il decreto legislativo, non erano previsti come fonti del diritto. Non esistevano dunque norme scritte sulla produzione di tali fonti. L'art. 3 stabiliva, infatti, che "Il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e da due Camere; il Senato, e quella dei Deputati" e il successivo art. 6 recitava: "Il Re nomina a tutte le cariche dello Stato: e fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospendere l'osservanza, o dispensarne". Di conseguenza sussisteva un'evidente delimitazione del potere normativo alle fonti secondarie e il divieto di adottare atti governativi che potessero sospendere o modificare le leggi.

Tuttavia fin dal 1848 vengono adottati decreti legge sul presupposto teorico – che tra gli altri lo stesso Mortara contesta come si vedrà a breve – della necessità di provvedere quale parametro legittimante la decretazione d'urgenza; teoria questa che buona parte della dottrina di quegli anni non vede di buon occhio³. Ad ogni modo, vista l'assenza di una norma scritta legittimante, viene sostenuta la necessità di un controllo politico e giurisdizionale su tali atti. Il primo deve essere compiuto dal Parlamento al quale il decreto doveva essere presentato per la conversione nel più breve tempo possibile, mentre il potere giurisdizionale deve negare l'applicabilità al decreto stesso fino a che non sia stato convertito.

1. L'evoluzione del pensiero di Mortara sui decreti legge. Il commentario delle leggi e del codice di procedura civile del 1899.

Nell'edizione del 1899 del *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile* sono già presenti le basi della tesi che Lodovico Mortara porterà avanti nel corso della sua riflessione dottrinarica e nell'interpretazione giurisprudenziale a lui riconducibile. Mortara muove, anzitutto, a contestare l'opinione – che l'Autore stesso valuta assai diffusa – che l'emanazione di un decreto legge rappresenti una forma di esercizio legittimo del potere. Mortara, richiamando gli artt. 3 e 6 dello Statuto, afferma senza mezzi termini che "se il governo si arroga di far leggi, viola flagrantemente l'art. 3 dello Statuto e infrange così il divieto dell'art. 6, nel più grave dei modi, perché addirittura sospende l'osservanza di una disposizione statutaria, dispensando sé dalla relativa obbedienza"⁴.

Mortara, che all'epoca è ancora professore universitario, esplicitamente mostra di non aderire alle conclusioni della giurisprudenza che trovavano allora in modo particolare un punto di riferimento nella sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione di Roma del 17 novembre 1888. La Corte riteneva, infatti, che il silenzio dello Statuto sulla potestà governativa a emanare decreti legge, non equivalesse all'impossibilità di farlo. Questo perché nelle vicende politico-istituzionali c'è l'imprevisto "che sfugge ad ogni legge" e ci sono "delle necessità che non scongiurate

³ Si possono citare a tale proposito L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, Firenze, 1881, 424; F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge ed ordinanza (decreti e regolamenti)*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, 194; G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Torino, 1913, 581; U. GALEOTTI, *Facoltà legislativa del Governo*, in *La legge*, 1890, 175.

⁴ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, Milano, 1899, 88.

oggi minacciano il pericolo del domani”. La Corte continuava affermando come “una invincibile necessità di fatto diventa suprema ragione di diritto”. La Cassazione romana, per la verità, aveva operato una distinzione ben precisa tra il decreto legge emanato in virtù di una circostanza eccezionale con riserva di presentazione al Parlamento che rientrava tra gli atti ammissibili e quello emanato senza il concorso delle predette circostanze che violava lo Statuto in maniera “flagrante e assoluta”. Mortara ribalta il ragionamento affermando che le Sezioni Unite hanno confuso due fattispecie che vanno tenute distinte. Una cosa è il caso singolo di urgenza che, per definizione, è imprevedibile; altro è la generica possibilità astratta che tali casi di urgenza si presentino e che poteva essere regolata dallo Statuto. Se esso non l’ha fatto, vuol dire che non s’intendevano attribuire tali poteri al Governo. In effetti, il ragionamento di Mortara appare suffragato oltre che da ragioni logiche anche dai riferimenti comparatistici che lo stesso Autore porta a sostegno delle proprie tesi (la Costituzione francese del 1814, quella prussiana del 1850 e la Costituzione austriaca del 1867).

D’altro canto un siffatto ragionamento sarà lo stesso che spingerà l’Assemblea Costituente nel 1947 a prevedere la possibilità per il Governo di emanare in casi straordinari di necessità ed urgenza atti aventi valore di legge, creando così la norma sulla produzione che mancava nello Statuto Albertino. A dire la verità in quella sede si discuterà della possibilità di costituzionalizzare anche i singoli casi di necessità ed urgenza con la speranza di prevenire gli abusi e l’utilizzo eccessivo di tale fonte che aveva caratterizzato il periodo statutario. Tuttavia il dibattito costituente farà riemergere il problema della difficoltà di individuare con disposizioni di dettaglio i casi in cui il decreto legge sarebbe stato ammissibile: così nel testo definitivo si sceglierà di inserire solo la clausola generale oggi vigente⁵.

Tornando al pensiero di Mortara, egli afferma che sarebbe meglio dunque che non fossero mai emanati decreti legge. Tuttavia egli pur se contrario, non può non prendere atto che nella realtà effettuale il fenomeno dei decreti legge era ampiamente consolidato “e di questo fatto il diritto pubblico scientifico non può astrarre, neppure in omaggio a considerazioni esegetiche e teoriche chiare e inoppugnabili”⁶.

Dal punto di vista della loro sindacabilità in sede giurisdizionale amministrativa, Mortara la nega sul presupposto che essa non può funzionare. Tali atti, infatti, sarebbero sempre viziati da eccesso di potere perché sono sempre adottati in violazione di qualche legge. D’altro canto la loro legittimazione non va cercata, come si è detto, nella legittimità o nella costituzionalità ma nella necessità e dunque formano una categoria a parte sottratta alla giurisdizione amministrativa.

Per ciò che riguarda l’efficacia di tali atti di fronte ai giudici ordinari nel periodo intercorrente tra l’emanazione e l’esame parlamentare, Mortara ritiene precluso ai giudici l’esame delle ragioni di necessità che hanno giustificato l’emanazione del provvedimento. Si tratta, infatti, di un ragionamento eminentemente politico

⁵ M. Ruini-C. Mortati, nella seduta del 17 ottobre 1947, sottolinearono proprio questo aspetto e cioè che cercare di disciplinare i casi di necessità fosse intrinsecamente contraddittorio proprio perché essa per la sua natura può presentarsi nei modi più diversi ed imprevedibili e non può essere contenuta in un numero chiuso di fattispecie.

⁶ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, Milano, 1899, 91.

che, lasciato ai giudici, aprirebbe il varco ai loro apprezzamenti personali non essendoci il supporto di una norma legittimante; egli scrive appunto: “Dove la costituzione cessa di imperare, logicamente si arresta la funzione giurisdizionale”⁷.

Il controllo giurisdizionale resta quindi limitato all’interpretazione e all’applicazione dei decreti legge “quando nascono controversie intorno a diritti subiettivi che affermisi o neghisi essere stati per effetto dei medesimi costituiti o modificati”⁸. Potrà inoltre spettare al giudice la verifica dell’esistenza del decreto legge, del suo stato, del suo essere ancora in attesa di conversione parlamentare o dell’essere stato convertito in legge oppure della situazione che si verrebbe a creare nel caso in cui un decreto legge sia stato emanato con riserva di presentazione al Parlamento per la conversione, ma che poi, di fatto, non sia mai presentato all’organo legislativo.

Il controllo sui decreti legge non può che spettare al Parlamento perché esso solo ha gli strumenti “per parare l’offesa e per reintegrare quella podestà, che è, per così dire, il suo proprio diritto subiettivo”.

La conclusione di Lodovico Mortara è lapidaria e largamente condivisibile. Non si può affermare che una suprema necessità di fatto diviene suprema ragione di diritto ma che una suprema necessità di fatto diventa suprema ragione di violare il diritto come avviene nel caso in cui il potere esecutivo eserciti funzioni legislative.

2. Il commento alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma del 20 febbraio 1900.

Mortara ritorna sul problema della sindacabilità dei decreti legge con una sua nota⁹ in osservazione di un caso all’epoca particolarmente eclatante poiché relativo ad una complessa vicenda densa di contenuti politici su cui ha scritto pagine fondamentali M. Meccarelli¹⁰ e perché tale sentenza aveva segnato una lieve ma non per questo meno importante discontinuità giurisprudenziale.

Mortara, nel mantenere ferma la dottrina esposta in precedenza sull’incostituzionalità di ogni forma di decretazione riconducibile al Governo con forza di legge, ribadisce che il controllo c.d. di costituzionalità su tali decreti – che comunque esistevano – non può spettare ai giudici ma al binomio Governo Parlamento nell’ambito del rapporto fiduciario di fatto instaurato.

D’altro canto la stessa sentenza della Corte di Cassazione non era voluta entrare in valutazioni di costituzionalità, ma si era pronunciata per la decadenza del decreto n. 227 (equiparato, pertanto a un disegno di legge) a seguito della chiusu-

⁷ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, Milano, 1899, 97.

⁸ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, Milano, 1899, 97.

⁹ L. MORTARA, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di cassazione* (nota alla sentenza della Corte di cassazione di Roma del 20 febbraio 1900), in *Giurisprudenza italiana*, 1900, parte II, 53.

¹⁰ M. MECCARELLI, *La questione dei decreti legge tra dimensione fattuale e teorica: la sentenza della Corte di cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 riguardo al r.d. 22 giugno 1899 n. 227*, in *Historia Constitucional*, 2005, n. 6; Id., *Giurisdizione penale e legalità nel pensiero di Lodovico Mortara*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 36, Milano, 2007, 957 ss.

ra delle sessioni legislative delle Camere stabilita dal Governo con un decreto del 30 giugno 1899. La Corte, infatti, aveva affermato che i giudici non potevano sindacare l'esercizio del potere esecutivo per ciò che riguardava le necessità dello Stato e che, se durante la chiusura del Parlamento, il Governo avesse emanato *ex novo* il decreto sulla base di ragioni di urgenza esso sarebbe stato vigente e dunque applicabile. Una pronuncia quindi che cassando senza rinvio parte della sentenza d'appello, dichiarava l'inesistenza di basi giuridiche che giustificassero la pronuncia dei giudici di merito.

Mortara, d'altro canto, paventa i rischi di un eventuale sindacato giudiziario sui decreti legge e la possibilità di pronunce difformi. Rischio ovvio trattandosi di un controllo diffuso in cui sono assenti istituti come quelle del precedente giudiziario vincolante. In tal senso l'Autore rileva come alcuni giudici di merito (nello specifico la Corte di Appello di Milano) si fossero espresse esplicitamente sulla validità del r.d. 22 giugno 1899, n. 227 (oggetto anche della sentenza della Cassazione), esprimendo valutazioni di merito sul carattere di urgenza, entrando così in valutazioni politiche e invadendo il campo degli altri poteri dello Stato.

Mortara pertanto ripropone, in linea sostanziale con la sentenza della Cassazione, la sua tesi sui limiti dei poteri del giudice che devono essere circoscritti alla valutazione sull'esistenza della norma. Il giudice dovrà così osservare e applicare ogni atto che sotto tale *nomen juris* sia approvato dalle Camere e recasse la sanzione regia come prescritto dallo Statuto. Tuttavia, proprio tale assunto, come si vedrà, costituirà una sorta di 'grimaldello' per giustificare la successiva evoluzione dottrina dell'Autore.

3. L'abbandono della cattedra universitaria, l'ingresso in Magistratura e l'esperienza politica.

Nel 1902 Mortara, con una decisione che lascia molti di sorpresa, abbandona l'università per diventare magistrato¹¹. Su quest'avvenimento è stato scritto moltissimo e tale vicenda non è mai stata chiarita completamente prestandosi a diverse interpretazioni.

Salvatore Satta sostiene che Mortara si rende conto che "non la legge, ma il giudizio è al centro dell'esperienza, che l'azione non sta nel freddo testo elaborato in tempi magari lontani, ma nell'opera e nella sentenza del giudice"¹².

Inoltre Satta sottolinea come Mortara avesse prefigurato l'avvento della nuova scuola (c.d. del germanesimo) che avrebbe fatto capo a Giuseppe Chiovenda e che probabilmente avrebbe finito con l'emarginare il 'vecchio' maestro. A supporto di tale tesi ricostruttiva soccorrono le famose parole che lo stesso Mortara scrive nelle sue Pagine autobiografiche: "Il vantaggio era di togliermi dalla cattedra prima che la concorrenza dei germanisti potesse diminuire il mio credito come primo

¹¹ Il suo passaggio nelle file della Magistratura avvenne ai sensi dell'art. 128 del r.d. 6 dicembre 1865 che ammetteva la nomina a consigliere di Cassazione degli avvocati dei professori universitari con almeno dodici anni di servizio.

¹² S. SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro, 2004, 395.

(fino allora) dei proceduristi¹³; (...) il germanesimo aveva cominciato ad invadere il campo del diritto processuale civile, come già aveva invaso quello del diritto materiale. E a me non sorrideva l'idea di farla da scolareto al seguito dei nuovi maestri"¹⁴. Franco Cipriani inserisce la vicenda delle dimissioni non tanto sul piano scientifico quanto su quello delle contrapposizioni accademiche. Lodovico Mortara si sarebbe dimesso a causa della sua mancata chiamata alla facoltà giuridica di Roma alla cattedra di procedura civile, vacante dal 1899 per il passaggio di Enrico Galluppi al Consiglio di Stato. La Facoltà per evitare la dichiarazione di vacanza e la successiva apertura del concorso riesce ad ottenere il comando di Vincenzo Simoncelli, ordinario di diritto civile a Pavia, allievo del Preside di allora Vittorio Scialoja nonché, va detto, suo futuro genero¹⁵.

Lo stesso Autore pone l'accento sui rapporti difficili, a livello personale, tra Mortara e Scialoja. Essi trovano sicuramente occasione di scontro aperto in questa vicenda; tuttavia anche successivamente vi saranno delle 'interferenze' in occasione del prepensionamento dello stesso Mortara nel 1923. In quell'occasione pare che Scialoja pur di impedire una possibile nomina di Mortara alla prima presidenza della Cassazione unificata, si dichiarerà disposto ad accettare lui la nomina abbandonando anche un incarico prestigioso come quello di rappresentante italiano nella società delle Nazioni.

Secondo Nicola Picardi, invece, quello di Mortara non è l'unico passaggio dall'Università alla Magistratura. Lodovico Mortara evidentemente riteneva vantaggioso di entrare in Cassazione a 47 anni, con la prospettiva, quindi, di poter coprire per un lungo periodo le cariche più prestigiose di procuratore generale e di primo presidente¹⁶. La carriera di Lodovico Mortara in Magistratura, infatti, nonostante non si concluda secondo le aspettative, è sicuramente brillante. Egli, come si evince dal Prospetto di Matricola, conservato nell'archivio del Senato¹⁷, fu Consigliere della Corte di Cassazione di Roma dal 14 dicembre 1902, Procuratore generale nella Corte di appello di Cagliari dal 20 ottobre 1905, Primo presidente nella Corte d'appello di Ancona dal 25 marzo 1906, Avvocato generale della Corte di Cassazione di Roma dal 22 dicembre 1908, Procuratore generale della Corte di Cassazione di Palermo dal 18 febbraio 1909, Procuratore generale della Corte di Cassazione di Firenze dal 19 gennaio 1911, Procuratore generale della Corte di Cassazione di Roma dal 9 aprile 1911, Primo presidente della Corte di cassazione

¹³ S. SATTA (a cura di), *Pagine autobiografiche di Lodovico Mortara*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, Padova, 1969, 33.

¹⁴ S. SATTA (a cura di), *Pagine autobiografiche di Lodovico Mortara*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, Padova, 1969, 59.

¹⁵ Si veda soprattutto F. CIPRIANI, *Le dimissioni del professor Mortara e i "germanisti" del Preside Scialoja*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, 770 e Id., *Le "poche cose" e la lunga vita di Lodovico Mortara*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 19, Milano, 1990, 85 ss.

¹⁶ N. PICARDI, *Lodovico Mortara nel centenario del suo giuramento in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 358; Id., *Lodovico Mortara magistrato*, in *Atti della Giornata Lincea in onore di Lodovico Mortara (Roma, 17 aprile 1997)*, Roma, 1998, 83 ss.

¹⁷ Disponibile all'indirizzo web: [http://notes9.senato.it/web/senregno.nsf/All/1886360731BF67C94125646F005DB8F3/\\$FILE/1541%20Mortara%20Lodovico%20fascicolo.pdf](http://notes9.senato.it/web/senregno.nsf/All/1886360731BF67C94125646F005DB8F3/$FILE/1541%20Mortara%20Lodovico%20fascicolo.pdf).

di Roma dal 23 settembre 1915 al 11 novembre 1923¹⁸ (fatto salvo il periodo in cui è Ministro Guardasigilli e cioè dal 23 giugno 1919 al 21 settembre 1920).

In tutti questi incarichi Mortara porta avanti le sue posizioni sul ruolo della Magistratura, già espresse nei suoi lavori scientifici. Merita di essere ricordato il discorso che egli pronuncia in qualità di procuratore generale presso la Corte di Cassazione in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 1912-1913 il 9 novembre 1912. Tra le altre argomentazioni, viene ricordato come "in libero regime non può essere caso eccezionale, che meriti fastoso ricordo, l'insorgere della magistratura contro arbitrii o illegalità dei pubblici poteri. Gli atti del Governo, in quanto appartengono alla sfera giuridica sono sottoposti al suo giudizio; e la repressione di quelli illegittimi e arbitrari è ufficio normale del magistrato".

Lodovico Mortara svolge inoltre ruoli politici di alto livello. Dal 6 giugno al 22 dicembre 1907 è capo di gabinetto del ministro di Grazia e Giustizia Vittorio Emanuele Orlando (1860-1952), (Governo Giolitti III). Nel 1910 è nominato Senatore del Regno nel 1910 e soprattutto sarà Ministro guardasigilli tra il 23 giugno 1919 e il 23 maggio 1920 nel Governo Nitti I. Se è vero dunque che la sua esperienza di governo è limitata nel tempo essa è molto intensa e legata alle vicende politiche di Nitti al quale lo legano anche rapporti personali di amicizia. Tale appartenenza con tutta probabilità contribuisce a porlo in cattiva luce agli occhi dei fascisti e di Mussolini. Tuttavia va detto che Mortara non è uomo pervicacemente attaccato agli scranni del potere politico; come scrive Francesco Genovese¹⁹ nel mese di ottobre del 1920, lo stesso Nitti gli propone di tornare a più alti impegni politici candidandolo probabilmente alla presidenza del Consiglio dei ministri che Mortara aveva anche presieduto, in qualità di Vicepresidente del Consiglio, durante le assenze di Nitti impegnato all'estero nelle conferenze successive alla I guerra mondiale. Mortara rifiuta con una lettera allo stesso Nitti nella quale scrive: "Grazie, ma è cosa impossibile ... non ho e non ho mai avuto la passione del potere politico, anzi ora sento la più viva ripugnanza persino all'idea di ritornare ... ministro della Giustizia". Tale presa di posizione appare inusuale, tuttavia, come si è visto precedentemente Mortara non è nuovo a scelte sorprendenti che però non sono frutto di estemporaneità o di bizzarrie ma nascondono argomentazioni ben motivate che contribuiscono a spiegarne la personalità. Come già accaduto per l'abbandono della cattedra universitaria, anche in questo caso il rifiuto è figlio di una delusione profonda. Come afferma sempre Genovese, esso deriva dalla mancata discussione e approvazione di un suo progetto di riforma epocale della Magistratura al quale egli ha dedicato (per sua stessa ammissione) lunghi anni di studio assiduo ed amoroso e che invece viene avversato sia a livello politico e sia dai gruppi di pressione interni all'ordine giudiziario. Mortara insomma si sente tradi-

¹⁸ F. CIPRIANI (*Il primo presidente Mortara e i "due illustri rissanti"*, in *Scritti in onore dei patres*, Milano, 2006, 83) citando l'opinione del prof. Pietro Saraceno, evidenzia come la nomina di Mortara alla prima presidenza fu tutt'altro che scontata. Il predecessore Oronzo quarta lasciò la presidenza per limiti di età il 5 maggio del 1915. In tal senso trattandosi di scadenza naturale si sarebbe potuto regolare la successione per tempo senza vuoti nella carica. Così non fu non essendosi trovato un accordo. La proposta di nominare Mortara venne respinta una prima volta nel luglio dal consiglio dei ministri e passò solo il 18 settembre non senza contrasti.

¹⁹ F. GENOVESE, *Lodovico Mortara guardasigilli e il 'progetto' impossibile (ovvero, l'utopia italiana di una magistratura di estrazione non 'burocratica')*, in *Le Carte e la Storia*, 2004, 193 ss.

to da quella che Genovese definisce una “società fragile e immatura, affollata da clientele e da “manovratori”, quale era l’Italia che stava per aprire le sue porte al fascismo” e coerentemente con il suo carattere – se vogliamo anche altero ed imperioso – preferì abbandonare il campo della contesa politica così come aveva voluto abbandonare quello delle contrapposizioni accademiche.

4. La sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione di Roma del 16 novembre 1922.

La sentenza in questione, anche conosciuta come ‘sentenza Mortara’, rappresenta il consolidamento e l’evoluzione della dottrina di Mortara sul decreto legge. Nel momento in cui essa viene deliberata, cambia però – e non è cosa da poco – sia l’angolo prospettico che il clima politico nel quale viene a calarsi questa pronuncia.

Nel 1922 Mortara non è più solo lo studioso di diritto processuale e diritto costituzionale, ma ha abbandonato la cattedra per la magistratura fino ad essere il Primo Presidente della Corte di Cassazione di Roma. Nel Novembre 1922 si è da poco insediato il Governo Mussolini e – coincidenza – il 16 novembre, giorno dell’udienza delle SS.UU. della Corte di Cassazione di Roma è anche il giorno in cui il Governo chiede la fiducia con i toni minacciosi del c.d. discorso del bivacco²⁰; fiducia che verrà data il giorno successivo.

Tutti questi saranno elementi di grande rilevanza per la vicenda che porterà

²⁰In tale discorso, in particolare riguardo ai rapporti tra Governo e Parlamento, Mussolini dichiara: “Signori, quello che io compio oggi, in questa Aula, è un atto di formale deferenza verso di voi e per il quale non vi chiedo nessun attestato di speciale riconoscenza. Da molti, anzi da troppi anni, le crisi di Governo erano poste e risolte dalla Camera attraverso più o meno tortuose manovre ed agguati, tanto che una crisi veniva regolarmente qualificata come un assalto, ed il Ministero rappresentato da una traballante diligenza postale. Ora è accaduto per la seconda volta, nel volgere di un decennio, che il popolo italiano – nella sua parte migliore – ha scavalcato un Ministero e si è dato un Governo al di fuori, al disopra e contro ogni designazione del Parlamento. Il decennio di cui vi parlo sta fra il maggio del 1915 e l’ottobre del 1922. Lascio ai melanconici zelatori del supercostituzionalismo il compito di dissertare più o meno lamentosamente su ciò. Io affermo che la rivoluzione ha i suoi diritti. Aggiungo, perché ognuno lo sappia, che io sono qui per difendere e potenziare al massimo grado la rivoluzione delle «camicie nere», inserendola intimamente come forza di sviluppo, di progresso e di equilibrio nella storia della Nazione. Mi sono rifiutato di stravincere, e potevo stravincere. Mi sono imposto dei limiti. Mi sono detto che la migliore saggezza è quella che non ci abbandona dopo la vittoria. Con 300 mila giovani armati di tutto punto, decisi a tutto e quasi misticamente pronti ad un mio ordine, io potevo castigare tutti coloro che hanno diffamato e tentato di infangare il Fascismo. Potevo fare di questa Aula sorda e grigia un bivacco di manipoli: potevo sprangere il Parlamento e costituire un Governo esclusivamente di fascisti. Potevo: ma non ho, almeno in questo primo tempo, voluto. Gli avversari sono rimasti nei loro rifugi: ne sono tranquillamente usciti, ed hanno ottenuto la libera circolazione: del che approfittano già per risputare veleno e tendere agguati (...). Ho costituito un Governo di coalizione e non già coll’intento di avere una maggioranza parlamentare, della quale posso oggi fare benissimo a meno, ma per raccogliere in aiuto della Nazione boccheggianti quanti, al di sopra delle sfumature dei partiti, la stessa Nazione vogliono salvare nomini e la volontà di applicare i programmi. Tutti i problemi della vita italiana, tutti dico, sono già stati risolti sulla carta: ma è mancata la volontà di tradurli nei fatti. Il Governo rappresenta, oggi, questa ferma e decisa volontà”.

poi alla mancata nomina di Lodovico Mortara a Primo Presidente della Cassazione unificata.

La Cassazione di Roma in tale pronuncia cassa senza rinvio una sentenza della Corte d'Appello di Napoli affermando che essa "ha ragionato in diritto sulla base di un fallace presupposto; ha poi completamente trascurato le circostanze specifiche, di fatto e di diritto, che nel caso concreto dovevano guidare a una decisione perfettamente contraria a quella impugnata. L'errore di diritto, nell'aspetto generale, consiste nel fallace presupposto che il decreto legge sia un istituto ricevuto e nettamente classificato nel diritto pubblico italiano. In altre Costituzioni politiche ciò si verifica; ma in Italia non esiste nessuna norma costituzionale che autorizzi il Governo a investirsi in circostanze straordinarie della potestà legislativa; anzi esistono in senso assolutamente contrario le disposizioni degli art. 3 e 6 dello Statuto". In tale sentenza dunque Mortara anzitutto ribadisce ciò che era andato scrivendo fin dal 1899 nel suo Commentario.

Naturalmente anche nel 1922 il fenomeno del decreto legge è ben lontano dall'essere ricondotto a circostanze eccezionali di necessità. Anzi, come rileva Manfredi Siotto Pintor, in una nota alla sentenza in esame²¹ "l'uso del decreto legge è divenuto abitudinario nel clima storico eccezionale, creato e lasciato dopo di sé dalla guerra mondiale". Nel suo divenire abitudinario tale uso evidentemente non resta limitato alle fattispecie classiche della straordinarietà e dell'urgenza (calamità, disastri naturali, emergenze economiche e sociali), ma si estende a casi per i quali l'urgenza è evidentemente mera urgenza politica²². Si può così dire, aprendo una breve parentesi, che l'abuso del decreto legge non è fenomeno tipico della vita politica repubblicana, ma ha radici ben più profonde che affondano nel costume parlamentare italiano.

Nonostante la frequenza del fenomeno, Mortara sostiene che non si sia forma-

²¹ M. SIOTTO PINTOR, *Nota a Cassazione di Roma 16 novembre 1922*, in *Il Foro Italiano*, 1923, Parte I, 1, 3. L'Autore rileva infatti come "dall'emanazione dello Statuto Albertino a tutto il 1913 non si contano, nella nostra Raccolta di leggi e decreti, più di duecentosessanta decreti-legge, (...) con una media annua di quaranta appena, se ne contano circa tremila duecento cinquanta dal 1914 ai giorni nostri, con una media annua di oltre trecento sessanta. L'acme è segnata dall'anno 1919 che ne vide più di un migliaio! Basterebbe questa sola moltiplicazione iperbolica a dimostrare che non si tratta di misure imposte da impellente necessità e da indeprecabile urgenza, giacché non è neppure pensabile che una società umana, dotata di moderni ordinamenti civili possa versare in siffatte estreme distrette una volta al giorno, in media, per un periodo di tempo che tocca quasi i due lustri"!

²² Sempre M. SIOTTO PINTOR, *Nota a Cassazione di Roma 16 novembre 1922*, in *Il Foro Italiano*, 1923, Parte I, 1, 3 elenca alcuni di questi casi: "lo stato giuridico degli impiegati, le Camere agrumarie, le assicurazioni marittime, l'istituzione e il riordinamento di scuole, i pascoli montani, gli atti di notorietà, il pascolo abusivo, le successioni intestate, i Consigli scolastici provinciali, la frutticoltura, la coltivazione del tabacco, i conservatori di musica, gli assegni postali, i consorzi antifilosserici, gli stabilimenti termali, il seme da bachi, l'industria dei profumi, gli osservatori astronomici, i lavori catastali, la cessione di crediti, la caccia e la pesca, la regificazione di scuole, le patenti di segretario comunale, gli esami di notariato, gli ufficiali giudiziari, le stazioni agrarie, i passaggi a livello, il riposo settimanale, il riscatto di canoni enfiteutici, l'utilizzazione di piante medicinali, gli istituti di bonifica, le lotterie, l'analfabetismo, i ricorsi giudiziari, i servizi automobilistici, i locomotori elettrici, l'esercizio dell'avvocatura, l'equipollenza di diplomi, il concordato preventivo, i depositi a risparmio ... e persino il conferimento del grado di sottotenente al direttore del Corpo musicale della R. Marina".

ta “una di quelle consuetudini che nel diritto pubblico sono equiparate alla norma scritta” mancando l’elemento dell’*usus* poiché “gli organi legislativi e la pubblica opinione in perfetto accordo con essi, protestano senza tregua contro simile anormalità e reclamano il ritorno all’osservanza delle sane regole costituzionali”.

Quelli che l’estensore della sentenza definisce “i così detti decreti legge” vengono così declassati a meri atti di Governo, atti del potere esecutivo “i quali, contenendo materia che eccede la sfera di codesto potere, cadrebbero sotto le sanzioni degli art. 4 e 5 della legge 20 marzo 1865 all. E, che impongono all’autorità giudiziaria di disconoscere la validità in relazione al diritto soggettivo privato che abbia per essi sofferto taluna lesione”.

La sentenza poi evidenzia come il progressivo aumento dell’utilizzo del decreto legge spinge a mutare anche le conclusioni della giurisprudenza. Nel commentario del 1899 e nel commento alla sentenza del 1900, Mortara in qualche modo mostra, come si diceva in precedenza, una sorta di ‘tolleranza pratica’ dell’atto illegittimo in vista “dell’immanicabile sindacato parlamentare sulla responsabilità del Governo”. In tale situazione, nel periodo (evidentemente ragionevole) tra l’emanazione e il pronunciamento parlamentare, all’autorità giurisdizionale deve precludersi l’esame delle ragioni di urgenza e necessità e dell’oggetto che hanno spinto il Governo a emanare un provvedimento contrario a Costituzione. Questo perché “il controllo parlamentare riusciva facile e pronto, e i diritti soggettivi provati potevano attendere da esso, con piena tranquillità, il regolamento definitivo mediante una norma di effetto generale”.

Nel 1922, come si è detto, il quadro appare sostanzialmente cambiato. L’eccessiva frequenza dei decreti legge comportava l’impossibilità “non solo di un controllo sollecito, ma perfino di un controllo qualsiasi, da parte delle due Camere sopra un gran numero di quegli arbitrari provvedimenti, ha esposto i cittadini a un regime di illegalità, o di incostituzionalità, per ogni categoria di diritti personali e patrimoniali”. Di conseguenza la Corte di Cassazione di Roma ritiene opportuno procedere ad un nuovo esame della “grave questione”. In altri termini Mortara scrive che, se da un lato non è possibile “pregiudicare l’armonia delle funzioni di sovranità spettanti ai vari organi del potere statale”, dall’altro è indispensabile che l’ordinamento giuridico assicuri un minimo di garanzia dei diritti soggettivi privati. In tal senso, posto che “le circostanze notate di sopra impediscono al presente di ravvisare tale minimo di garanzia nel controllo parlamentare, divenuto tardo, spesso troppo sommario, talora del tutto deficiente, è doveroso ricercare entro quali confini possa prestarlo la funzione giurisdizionale, senza uscire dall’orbita del potere assegnatole”.

Mortara nella sent. 16 novembre 1922 traccia dunque un puntuale *excursus* anche di carattere generale sull’istituto del decreto legge. Esso è, in primo luogo, atto con il quale il Governo anzitutto afferma “l’urgenza di provvedere” e cioè “la suprema necessità, per il bene pubblico di violare la Costituzione”. L’urgenza ha un aspetto sostanziale riguardante la materia che va disciplinata con atto di livello legislativo senza ritardi e uno formale che giustifica l’assunzione dell’atto in base ad elementi estrinseci che Mortara rinviene ad es. nella temporanea chiusura del Parlamento.

In secondo luogo, il Governo nell’adottare un decreto legge intende sottoporsi “anche con espressa promessa” all’obbligo di chiedere al Parlamento, la sanatoria

di tale atto illegittimo. La forza temporanea di legge deriverebbe al decreto solo “dall’impegno che assume il Governo di promuoverne dal Parlamento la ratifica”. Qualora la sanatoria venga negata ci sarebbe la revoca di ogni suo effetto e l’emersione di una responsabilità politica del Governo. Mortara afferma nella sentenza che tale adempimento per definirsi soddisfatto debba essere “effettivo e costante in relazione alle variabili vicende della vita parlamentare”²³.

Il procedimento parlamentare in questione si era già arenato il 29 settembre 1919 per la fine della XXIV legislatura. Il Governo sia nel corso della XXV legislatura ma anche in corso della XXVI non aveva più sottoposto il decreto all’esame del Parlamento. Dunque era evidente in tal senso, ancorché non vi fossero termini perentori per la presentazione del decreto legge posto che l’istituto non era normato dallo Statuto, l’assenza di una volontà del Governo di ripristinare i poteri del Parlamento²⁴. Inoltre va detto come, in costanza del sindacato parlamentare, gli atti e i procedimenti amministrativi scaturenti dal decreto avevano continuato il loro corso incidendo su diritti e interessi individuali.

Si badi bene, e la sentenza lo afferma in modo chiaro, che rilevare l’inerzia governativa nel presentare il decreto legge per la conversione al Parlamento, non significa entrare nel merito delle circostanze di necessità e urgenza che avevano spinto il governo ad usurpare il potere legislativo; questo è “tema eminentemente politico che non appartiene ad altra cognizione se non a quella del Parlamento”. Un sindacato giurisdizionale sul punto continuava, dunque, a escludersi perché esorbitante dai confini stessi della funzione giurisdizionale.

Quello che però va ricondotto nell’alveo della funzione giurisdizionale, è il sindacato sui c.d. elementi estrinseci e formali dell’urgenza, un sindacato su meri accertamenti di fatto. In questa sentenza Mortara cita a titolo di esempi di decreti sindacabili quelli contenenti misure che troveranno la loro applicazione in un tempo futuro e lontano, oppure quelli per cui tra l’emanazione e la pubblicazione intercorre un intervallo incompatibile con l’urgenza, o addirittura quelli emanati mentre “il Parlamento era riunito o stava per esserlo, e risulta che il provvedimento

²³ Tale requisito va apprezzato caso per caso verificando la volontà del Governo di sottoporre effettivamente l’atto al Parlamento, ovvero uno stato di inerzia come quello del caso di specie. Il Governo, aveva presentato al Parlamento per la conversione il 26 novembre 1918 il decreto luogotenenziale 30 giugno 1918 concernente una dichiarazione di pubblica utilità e l’approvazione di una convenzione tra lo Stato ed un privato. La Camera in data 10 settembre 1919, in sede di Commissione competente, si era pronunciata per il rigetto del decreto formulando anche un ordine del giorno con il quale si invitava la Camera a deliberare espressamente la disapprovazione del decreto luogotenenziale. Il Governo diede così istruzioni per la sospensione della procedura amministrativa conseguente al decreto. Il tribunale in primo grado ritenne, alla luce delle determinazioni della Camera e del Governo, di non dover applicare tale decreto ritenuto semplice atto di governo *contra legem*. Il Consiglio di Stato, interpellato sulla procedura amministrativa deliberò l’inammissibilità del ricorso poiché il d.lgt. era da ritenersi atto politico e anche la rinuncia allo stesso. La Corte d’appello invece ritiene che nonostante la conclamata inerzia del Governo all’atto non potesse essere tolta la provvisoria forza di legge.

²⁴ La Cassazione di Roma smentisce le conclusioni della Corte di Appello di Napoli quando afferma che “non vi è termine perché non vi può essere, vale a dire perché non esiste nessuna norma autorizzante il Governo ad emanare decreti legge. Ed è precisamente questa la ragione categorica che impone sollecitudine e diligenza nel ripristinare nella materia che è oggetto dell’atto illegittimo i poteri del Parlamento”.

to non era tale da richiedere o ricevere rapida fulminea di esecuzione". In tutti questi casi il sindacato sulla sussistenza dell'urgenza non invade la sfera dell'apprezzamento politico, ma resta limitato ai fatti. Fatti che possono "concorrere o servire alla tutela di diritti soggettivi privati, e nel limite di questa finalità, possono e devono essere compiuti anche dagli organi della giurisdizione ordinaria".

Come si diceva all'inizio la centralità del problema del decreto legge non è riconducibile a una mera questione teorica in materia di fonti del diritto ma si tratta – soprattutto con l'avvento del fascismo – di una questione politico-costituzionale di primaria importanza e che sarà elemento caratteristico nella vicenda umana e professionale di Lodovico Mortara. Si tratta in primo luogo del problema dei limiti dell'usurpazione delle competenze del potere legislativo da parte dell'esecutivo e in secondo luogo dello svuotamento dei poteri dell'autorità giurisdizionale.

Sotto il primo profilo, come si è visto, fino a quando tale invasione di competenza avveniva in misura rara e temporalmente limitata, quasi una sorta d'illegittimità provvisoria sanata dal Parlamento in tempi brevi ancorché non preventivabili, il fenomeno poteva dirsi tollerabile anche nel silenzio dello Statuto albertino. Nel momento in cui invece s'inizia ad abusare dei decreti legge e il controllo parlamentare non è più sostanziale e addirittura in alcuni casi non esiste, il problema emerge in tutta la sua rilevanza. In particolare, nel momento in cui veniva emanata la sentenza, era chiara l'insussistenza o la debolezza del controllo parlamentare e il rischio di un trasferimento in capo al Governo dell'esercizio illimitato della funzione legislativa. Questo rappresenta uno degli argini più deboli dello Stato liberale che di lì a poco non sapranno reggere o almeno fronteggiare la progressiva e inarrestabile costruzione dello Stato totalitario.

Sotto il secondo profilo Mortara, anche qui temperando il rigore teorico con lo spirito pratico, ritiene che la separazione dei poteri non possa divenire una sorta di grimaldello per giustificare la violazione dei diritti individuali. La magistratura non può restare inerte di fronte ad una pressoché sistematica violazione dell'ordine costituzionale delle competenze causata dall'abuso dei decreti legge in nome della non invasione della sfera competenziale del Governo e/o del Parlamento. La statolatria o meglio l'idea della necessità – politica – quale suprema fonte del diritto, e quindi della quasi assolutezza dei poteri governativi che di lì a breve si sarebbe progressivamente affermata, non appartiene al pensiero del Mortara. La magistratura in uno stato di diritto anche se privo di una costituzione rigida, non può che essere l'organo di garanzia di diritti e interessi anche contro le determinazioni – illegittime – del potere politico a meno di non veder svuotati i propri poteri. Mortara infatti scriverà che nella sentenza che nel conflitto tra un atto incostituzionale e lo statuto "l'autorità giudiziaria non può sfuggire al dovere segnato per essa dagli artt. 4 e 5 della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo. Rifiutando codeste ovvie sanzioni si giunge alla inammissibile conseguenza (non avvertita dalla Corte d'Appello) della impunità assoluta di qualsiasi arbitrio governativo in così grave momento"²⁵.

²⁵ Cfr. le considerazioni di L. MONTESANO, *Rapporti e "conflitti" tra giurisdizione civile e poteri legislativo ed esecutivo nel primo volume del commentario di Lodovico Mortara e in dottrine e sentenze di ieri ed oggi*, in *Atti della Giornata Lincea in onore di Lodovico Mortara (Roma, 17 aprile 1997)*, Roma, 1998, 29.

5. La sentenza della I sez. penale della Corte di Cassazione di Roma del 30 dicembre 1922 e la nuova edizione del Commentario delle leggi e del codice di procedura civile del 1923.

Poco più di un mese dopo Lodovico Mortara in qualità di estensore della sent. 30 dicembre 1922 della I sezione penale della Corte di Cassazione di Roma della quale era anche presidente, ritorna sulla questione della legittimità dei decreti legge occupandosi della questione della forza delle sanzioni penali disposte con gli stessi atti.

Nel frattempo il Governo Mussolini aveva avviato la costruzione progressiva dello Stato totalitario. Il 25 novembre 1922 la Camera aveva approvato il disegno di legge sui pieni poteri al Governo (n. 1810-A) approvato dalla Commissione speciale competente in sede referente e che poi diventerà la legge 3 dicembre 1922, n. 1601. Si può notare come la Commissione aveva modificato il disegno di legge sostituendo il testo originario dell'art. 1 ("il Re sotto la responsabilità dei suoi ministri, è munito dei pieni poteri fino al 31 dicembre 1923 ...") con il seguente: "Il governo del Re ha, fino al 31 dicembre 1923, facoltà di emanare disposizioni aventi vigore di legge"²⁶. Il 10 dicembre si svolgono le elezioni amministrative a Milano, con la vittoria del c.d. "blocco costituzionale", composto da fascisti, liberali e popolari, al quale si erano contrapposte tre liste socialiste, mentre il 15 dicembre si era tenuta la prima riunione del Gran consiglio del fascismo, all'epoca ancora organo di partito senza precise caratteristiche dal punto di vista della composizione e delle attribuzioni.

La sentenza, nel cassare senza rinvio, il pronunciamento del Tribunale penale di Torino, sostiene la tesi che i decreti legge siano provvedimenti con forza di legge soggetta a condizione risolutiva. La conseguenza principale è che il potere giudiziario non potrà applicare le sanzioni penali stabilite per decreto legge prima che questo sia convalidato dal Parlamento. La convalida del decreto legge è retroattiva così come il rifiuto di convalida, di modo che appare insostenibile la tesi della legittimità e costituzionalità provvisoria di tali atti. Secondo Mortara, una tale ricostruzione, specie in materia penale, darebbe la possibilità al Governo di creare reati e determinare pene sia pure con efficacia temporanea e provvisoria ma altresì non determinata. Inoltre "perfezionandosi la legge dopo la sentenza del giudice, la concessione o il rifiuto della ratifica potrebbero essere poi determinati da passione politica, secondo che le punizioni avessero colpito di preferenza i fautori o gli avversari del partito che dispone della maggioranza parlamentare al tempo in cui si delibera sulla proposta di conversione in legge".

Tutto ciò è inaccettabile alla luce dei principi dello Stato di diritto che in materia penale riservano solo alla legge formale ordinaria del Parlamento, o quella del decreto legislativo susseguente ad una legge di delegazione ovvero quella che nasce dalla "ratifica (conversione in legge) di un decreto legge originariamente promulgato per arbitrio di Governo. Fino a che non esiste la legge, in una di queste forme, non può esistere, per i giudici italiani un reato punibile, né una sanzione

²⁶ Si noti come l'ordine del giorno Sanna-Randaccio di approvazione del disegno di legge, su cui il governo pone la fiducia è approvato con 275 sì e 90 no (legge 3 dicembre 1922, n. 1601).

penale applicabile”. In sostanza il decreto legge ha una forza – provvisoria – di legge, ma non è legge ai sensi dell’art. 1 dell’allora vigente codice penale.

La sentenza poi continua affermando che, avendo la conversione effetto retroattivo, le sanzioni penali contenute potranno essere applicate anche a fatti avvenuti anteriormente alla conversione in legge mediante l’esercizio dell’azione penale posteriore alla conversione stessa.

Nel periodo della sua presidenza, Mortara è anche estensore di altre sentenze che incidono su temi politicamente delicati e che con tutta probabilità non lo pongono in una luce particolarmente favorevole agli occhi del regime che si andava costituendo. Si può citare a titolo di esempio particolarmente significativo la sentenza delle SS.UU. del 3 febbraio 1917 nella quale la Cassazione di Roma si pronuncia in materia di ordinamento giudiziario e nella specie delle promozioni dei magistrati. La sentenza afferma che il Consiglio Superiore della Magistratura è un organo dell’ordine giudiziario e non della pubblica amministrazione; i giudizi di tale organo sulle promozioni dei magistrati non sono suscettibili di riesame da parte del Ministero della Giustizia né sindacabili in sede di scrutinio di legittimità da parte degli organi della giustizia amministrativa. Nel caso di specie vi era stata una dichiarazione di non promovibilità nei confronti di un magistrato alla quale l’allora Ministro della Giustizia aveva dichiarato di uniformarsi. Il magistrato in questione aveva prodotto istanza di riesame allo stesso Consiglio superiore della magistratura e successivamente, visto il rigetto del ricorso, al giudice amministrativo²⁷.

In quello stesso periodo Mortara pone mano alla V edizione del suo Commentario (1923) nella quale inserisce un’appendice dal titolo – significativo – “Nuove osservazioni sui decreti legge” nella quale ritorna sui temi contenuti nelle due sentenze del 1922. Nel ribadire quanto scritto nelle pronunce giurisprudenziali, Mortara tuttavia aggiunge una serie di considerazioni che fanno ben comprendere la distanza ormai creata tra la sua concezione del ruolo del giudice e il nuovo corso che si andava instaurando e che avrebbe visto una progressiva soggezione di tutti i poteri dello Stato a quello dell’esecutivo e del suo capo, secondo le categorie di quello che verrà costruendosi come Stato totalitario. Scrive, infatti, l’Autore: “Nelle grandi questioni di diritto pubblico la giurisprudenza non può mantenersi burocraticamente immobile e indifferente alla variazione delle circostanze nelle quali col mutar del tempo, degli uomini, delle vicende politiche e sociali, si presentano i delicati problemi che offrono materia ai suoi giudicati”. Mortara aggiunge poi come “pensando e praticando diversamente la funzione giurisdizionale mancherebbe al suo ufficio che è ufficio diretto di sovranità, cioè vera ed alta funzione politica”²⁸. In altri termini, Mortara ha ben chiaro che il giudice non è solo un mero

²⁷ Sul pensiero di Lodovico Mortara in ordine ai problemi dell’indipendenza dei magistrati e dell’autogoverno della magistratura si rimanda a V. SGROI, *Intervento su “Lo Stato moderno e la giustizia” di Lodovico Mortara*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 22, Milano, 1993, 681 ss.; G. VERDE, *Vero e falso sull’autogoverno dei giudici secondo Lodovico Mortara*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 22, Milano, 1993, 6819 ss.; A. PIZZORUSSO, *Mortara e i problemi dell’ordinamento giudiziario*, in *Atti della Giornata Lincea in onore di Lodovico Mortara (Roma, 17 aprile 1997)*, Roma, 1998, 83 ss.

²⁸ L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di procedura civile*, I, 5ª ed., Milano, 1923, 815 ss.

applicatore della norma, ma partecipa alla creazione del diritto in quanto crea la norma del caso concreto²⁹.

Con riferimento allo specifico problema dei decreti legge, Mortara propone una suggestiva ricostruzione che mette in parallelo quello che egli chiamò “il vizio dell’abuso” dell’istituto, già evidenziato nelle due sentenze sopra esaminate, con gli avvenimenti politici del primo dopoguerra. Scrive l’Autore: “La nuova Camera (quella uscita dalle elezioni del 1921 n.d.r.) non fece prova migliore: anzi la sua impotenza funzionale fu la principale causa del movimento di popolo (ottobre 1922) che portò al governo un partito incline a sorpassare le prerogative del parlamento per assicurare la fermezza e la continuità delle funzioni dello Stato. Conviene riconoscere che questo indirizzo fu accettato, se non gradito, dal parlamento, il quale non esitò ad impartire al governo una larga delegazione di potestà legislativa appena ne fu richiesto (legge 3 dicembre 1922), non manifestando poi veruna opposizione al proseguimento quotidiano nel sistema dei decreti legge per ogni altra materia non compresa nella delegazione”³⁰.

6. Il prepensionamento di Mortara e le successive vicende personali.

All’atto della costituzione della Cassazione unica (che lo stesso Mortara aveva più volte sostenuto) con il contestuale scioglimento delle allora vigenti Corti di cassazione ‘regionali’, vengono azzerati tutti i vertici (Primi Presidenti e Procuratori Generali) delle stesse.

Anche questa vicenda, come quella dell’abbandono della cattedra universitaria, non si presenta del tutto chiara.

Secondo Pietro Saraceno, in tale vicenda incide indubbiamente il ruolo politico di Mortara nel governo Nitti, ma ancor di più pesano altri fatti come quello del raggiungimento dei limiti di età da lì a 18 mesi, dall’azzeramento di tutti i vertici delle Cassazioni regionali ed i rapporti difficili che Mortara ha con colleghi ed avvocati³¹. Al di là di ciò è evidente che Lodovico Mortara è invisibile al nuovo regime

²⁹ Come scrive E. LUPO, (*Il ruolo della cassazione: tradizione e mutamenti, lectio magistralis* tenuta il 29 ottobre 2011 nel ricevere il VII Premio “Renato dell’Andro”, conferitogli dalla Fondazione “Nuove Proposte Culturali” di Martina Franca). “L’interpretazione delle norme attraverso la decisione giurisdizionale, secondo quest’Autore, crea un ponte tra la mera lettera della legge e la vita sociale, dal momento che le norme, una volta emanate, acquistano una loro autonomia ed oggettività che l’attività ermeneutica del giudice contribuisce a sedimentare. In questo quadro, la Cassazione doveva svolgere un ruolo di moderazione, nel senso che la libertà interpretativa doveva accompagnare l’applicazione della legge, rinnovandone la vitalità in funzione di garanzia dell’equilibrio tra il potere legislativo e giudiziario. La Corte veniva pertanto ad assumere una funzione costituzionale di controllo sia sul versante della creatività giurisprudenziale delle magistrature inferiori, attraverso l’uniformità interpretativa, sia sul versante del rapporto con il potere legislativo, ‘segnando il confine al di là del quale l’onnipotenza legislativa non può estendersi”.

³⁰ L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di procedura civile*, I, 5^a ed., Milano, 1923, 815 ss.

³¹ Cfr. F. CIPRIANI, (*Il primo presidente Mortara e i “due illustri rissanti”*, in *Scritti in onore dei patres*, Milano, 2006, 85) che cita a proposito l’opinione del prof. Saraceno. Lo stesso autore (in Matteo Pescatore e Lodovico Mortara: due vite parallele (a proposito di un non recente libro), in *Scritti in onore dei patres*, Milano, 2006, 5) sottolinea come Mortara è l’unico grande studioso ita-

sia per le sue posizioni garantiste a difesa delle istituzioni liberali che ha manifestato come magistrato, come studioso, come senatore e per i ruoli politici di primo piano che ha ricoperto e che soprattutto lo hanno visto Ministro nel Governo Nitti³².

Ma anche Raffaele De Notaristefani, procuratore generale, viene collocato in pensione con ben otto anni di anticipo rispetto alla scadenza naturale. Egli è magistrato di grande esperienza, membro dell'Associazione Italiana tra i Magistrati Italiani e ha ricoperto anche incarichi politici nei governi liberali³³. Il nuovo regime vuole naturalmente operare uno stretto controllo sui vertici della Magistratura, in particolare di quella inquirente³⁴.

Nella prima Corte di Cassazione unificata, il primo presidente sarà Mariano D'Amelio che terrà la carica per diciotto anni fino al pensionamento (70 anni – 3 novembre 1941), mentre il procuratore generale sarà Giovanni Appiani, ma solo fino al 1929³⁵. Mortara, nonostante il provvedimento epurativo rimane nella cari-

liano a non essere stato onorato in vita o dopo la scomparsa né con scritti o studi nell'ambiente accademico e né con una lapide o un'intitolazione in Corte di Cassazione.

³²F. CIPRIANI, *Lodovico Mortara nel 150° anniversario della nascita*, in *Scritti in onore dei padres*, Milano, 2006, 115.

³³Nel 1906 era stato capo di gabinetto del sottosegretario alla giustizia; dopo la I guerra mondiale aveva svolto importanti incarichi internazionali per il Governo italiano: membro della Commissione per le prede, di quella interalleata per i colpevoli di guerra e del Tribunale militare di guerra.

³⁴Sul punto cfr. per tutti A. MENICONI, *Magistrati e ordinamento giudiziario negli anni della dittatura*, in G. MELIS (a cura di), *Lo Stato negli anni Trenta. Istituzioni e regimi fascisti in Europa*, Bologna, 2008, 183 ss.

³⁵Appare interessante, a margine della vicenda Mortara, ricordare la parabola professionale del procuratore generale Appiani e del suo scontro con il Primo Presidente D'Amelio. Come scrive A. MENICONI, *Inaugurazioni giudiziarie: tre discorsi ufficiali (ma non troppo)*, in *Memoria storica e futuro digitale*, Nascita dello stato e storia della giustizia nelle raccolte della biblioteca centrale giuridica, Atti del convegno tenutosi a Roma il 19 febbraio 2013 presso la Corte di Cassazione (disponibile in http://www.giustizia.it/resources/cms/documents/relazioni_19_febbr_2013.pdf), Appiani è un fascista convinto e dal 4 gennaio 1924 è procuratore generale della Corte di Cassazione. Nel discorso inaugurale per l'anno giudiziario 1927 aveva sottolineato "l'esigenza del necessario ampliamento del giudizio di legittimità esercitato dalla Corte a profili anche di merito, affermando che occorre «rimodernare il vecchio metodo tradizionalista dell'indagine giuridica, tutto esteriore e meccanico». E ancora in modo più esplicito: «la Giustizia non è un concetto assoluto, ma essa pure un fenomeno politico, una funzione essenziale dello Stato di cui perciò deve seguire l'orientazione». L'insistenza sulla «forza innovativa» dei fatti (cioè il mutamento di regime) e la sua sicura fede «fascista» inducevano Appiani a chiedere una maggiore «fascistizzazione» dell'ordinamento" (...). "In effetti, l'organo supremo doveva garantire, secondo le norme, «uniformità dell'applicazione della legge e unità giurisprudenziale», e occorreva – aveva sostenuto invece il primo presidente Mariano D'Amelio – cautela nell'invocare il suo intervento perché «l'ultimo grado [era] una riserva a favore della legge, per essere reintegrata nel suo esatto imperio, contro le offese sofferte sul terreno dei fatti». Il primo presidente difendeva insomma il ruolo della Corte e postulava un «ritorno alle origini», che mantenesse il giudizio di legittimità al riparo dall'ambito strettamente politico. Posizione abbastanza differente da quella, più spregiudicata e, di fatto, pericolosa per l'ordinamento, del suo procuratore di specchiata fede fascista". Nel discorso inaugurale per l'anno giudiziario 1929, lo zelo ideologico del procuratore generale lo portò ad eccedere. Come ricorda sempre A. Meniconi, Appiani "formulò critiche (sia pur velate) al funzionamento della Corte, con riferimento alla carente unità di indirizzo giurisprudenziale dovuta alla continua variazione nella composizione dei collegi e all'accavallarsi delle udienze in

ca di senatore, partecipa attivamente alla discussione del progetto di legge presentato da Scialoja e altri dettante norme sulla conversione dei decreti legge che aveva lo scopo di dare una formalizzazione e una proceduralizzazione al passaggio parlamentare affinché il controllo delle Camere non continuasse a essere meramente nominale, tardivo e in alcuni casi solo facoltativo³⁶; inoltre riesce a diventare il Presidente della Sottocommissione C della Commissione reale per la riforma dei codici, torna alla professione di avvocato e continua a dirigere la rivista *Giurisprudenza italiana*. Tutto ciò rappresenta un'ulteriore conferma del fatto che la sua vita e la sua opera dottrinarie e le risultanze giurisprudenziali che portano il suo nome sono ispirate da uno spiccato realismo. Quel realismo che, tuttavia, gli viene imputato come difetto da alcuni³⁷.

Egli preferisce restare defilato; non entra in aperto scontro con le istituzioni politiche così come non aveva voluto entrare in uno scontro aperto con quelle accademiche all'atto del suo abbandono della cattedra universitaria. Come scrive Salvatore Satta, Mortara è un uomo libero, e ritiene che il giudice sia soggetto solo alla legge, "perciò quando questa idea parve sopraffatta, si ritirò dall'ufficio, e lo fece senza rancore, come chi sa che la povera umana è in balia della storia"³⁸. In tal senso, come si evince dal suo fascicolo personale conservato al Senato, nel 1925, al compimento del settantesimo anno di età, Mortara scrive al Presidente del Senato pregandolo di evitare all'atto della sua morte ogni commemorazione pubblica della sua persona "ciò in conformità al sistema che ho usato ed uso in vita". Su tale richiesta ritornerà dieci anni più tardi, nel 1935 al compimento dell'ottantesimo anno di età, con un'altra missiva nella quale nel ribadire la richiesta di non voler essere commemorato dal Senato scrive: "rinnovo la viva preghiera di passare tra i dimenticati, quando la mia ora fatale sarà giunta". D'altro canto, le commemorazioni dell'epoca erano tutte volte a sottolineare come le qualità umane e professionali dei parlamentari deceduti venivano ad accompagnarsi a quelle di 'fascista della prima ora' ovvero di aver manifestato 'adesione incondizionatamente fedele al Regime fascista'. Ed appunto a questo genere di situazioni che Lodovico Mortara intende sottrarsi. All'atto del suo decesso, avvenuto il 1° gennaio 1937, per disposizioni dello stesso alla famiglia, non saranno celebrati solenni e pubblici funerali e la notizia del suo decesso sarà comunicata ai vertici politici a esequie avvenute, così come si evince dalla lettera scritta dal figlio, Giorgio Mortara, e indi-

modo poco razionale. Le parole furono giudicate dallo stesso Rocco «un meditato e violento attacco all'alta personalità che presiede[va] la Corte di cassazione», compiuto, per di più, in una sede «quanto mai inopportuna» come quella dell'inaugurazione davanti a tutte le autorità. Postosi così gravemente in urto con il primo presidente D'Amelio, Appiani ne avrebbe pesantemente pagato le conseguenze subendo il collocamento a riposo (sia pure non nelle forme aspre di una dispensa dal servizio), con sei anni di anticipo rispetto alla norma. La destituzione del procuratore generale non deve però destare stupore, essendo la carica dipendente dalla scelta dell'esecutivo. Anche se in questo caso appare evidente che egli pagava più che uno sgarbo rivolto a Rocco, la sua critica (mal tollerata) verso il potentissimo D'Amelio. E si trattava, però, anche dell'aspra conclusione di una discussione sul ruolo e le funzioni della suprema Corte".

³⁶ Sul contributo di Lodovico Mortara a tale dibattito parlamentare si vedano le considerazioni di A. FERRACCIU, *Per la disciplina giuridica dei decreti legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1923, 1 ss.

³⁷ Cfr. M. SIOTTO PINTOR, *nota a sentenza Corte di Cassazione di Roma, 16 novembre 1922*, in *il Foro Italiano*, 1923, I, 18.

³⁸ S. SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro, 2004, 400.

rizzata al Presidente del Senato. A maggior riprova di quanto si è detto, si può leggere il telegramma che, a nome del Senato, invierà il Presidente Luigi Federzoni alla famiglia. Non potendo esaltare le succitate virtù patriottiche, interventiste, fasciste dello scomparso, egli, a nome dell'assemblea, saluta Mortara tributandogli probabilmente il migliore elogio, ricordandolo così come luminare delle scienze giuridiche e del Foro italiano, che per lunghi anni ha prestato la sua opera appassionata e profonda di maestro insigne e sagace indagatore alla magistratura e alla cattedra. Il telegramma ricorderà inoltre la collaborazione altamente preziosa che il Mortara ha prestato come senatore.

7. La fase successiva della giurisprudenza e della legislazione in materia di decreti legge. La sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione del 6 maggio 1924 e la legge n. 100/1926.

Come è prevedibile il cambio ai vertici della Corte di Cassazione produce novità anche sulla giurisprudenza relativa ai decreti legge. Nel 1924 le SS.UU. della Corte di Cassazione con la sentenza del 6 maggio stabiliscono che “il giudizio sulla valutazione della necessità urgente ed improrogabile di emanare un decreto legge è demandata esclusivamente al potere esecutivo e non può essere oggetto di sindacato da parte dell'autorità giudiziaria”.

Nel 1926 viene emanata poi la legge n. 100. Tale atto normativo voluta fortemente dal Ministro guardasigilli Rocco e quindi dal regime fascista e si traduce in una ulteriore forma di depotenziamento delle Camere, la cui rappresentatività peraltro era stata già minata dal consolidarsi dello stato totalitario.

Per ciò che riguardava la materia degli atti governativi, l'art. 3 della stessa stabiliva che:

“Con decreto Reale, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, possono emanarsi norme aventi forza di legge:

1°) quando il Governo sia a ciò delegato da una legge ed entro i limiti della delegazione;

2°) nei casi straordinari, nei quali ragioni di urgente ed assoluta necessità lo richiedano. Il giudizio sulla necessità e sull'urgenza non è soggetto ad altro controlli che a quello politico del Parlamento.

Nei casi indicati nel numero 2° del precedente comma il decreto Reale deve essere munito della clausola della presentazione al Parlamento per la conversione in legge, ed essere, a pena di decadenza, presentato, agli effetti della conversione stessi, ad una delle due Camere, non oltre la terza seduta dopo la sua pubblicazione.

Della presentazione viene data immediata notizia nella Gazzetta Ufficiale.

Il disegno di legge per la conversione del decreto in legge è considerato di urgenza.

In caso di chiusura della sessione, all'apertura della nuova sessione, il disegno di legge per la conversione si ritiene ripresentato dinanzi alla Camera, presso cui era pendente per l'esame. Quando una delle due Camere approvi il disegno di legge, il suo presidente lo trasmette, entro cinque giorni, alla Presidenza dell'altra Camera, questa trasmissione vale come presentazione del disegno stesso.

Se una delle due Camere rifiuti la conversione in legge, il presidente ne dà notizia

nella Gazzetta Ufficiale, e il decreto cessa di aver vigore dal giorno della pubblicazione della notizia.

Se il decreto è convertito in legge con emendamenti, l'efficacia degli emendamenti decorre dalla pubblicazione della legge.

Se entro due anni dalla sua pubblicazione il decreto non sia convertito in legge, esso cessa di avere vigore dal giorno della scadenza di questo termine”.

In buona sostanza da un lato si cerca di individuare una serie di presupposti sostanziali e procedurali che legittimino l'emanazione dei decreti legge, dall'altro però l'ampio intervallo di tempo previsto prima della decadenza (due anni) e la struttura elettiva stessa delle Camere, rende tali fonti una sorta di leggi temporanee. Inoltre, come scrive H. Heller, “il Parlamento, unico organo autorizzato al controllo non è altro che una creatura del dittatore, priva di ogni volontà autonoma. Si spiega come esso non si sia assolutamente preoccupato di controllare per quanto riguarda i decreti legge, la loro necessità ed urgenza. In effetti la dittatura non si è mai preoccupata neanche dell'apparenza di questi presupposti”³⁹. Si è calcolato che nei primi dodici mesi di vigenza della legge vengono emanati 800 decreti delegati e 517 decreti legge.

La trasformazione poi nel 1939 della Camera dei deputati in Camera dei Fasci e delle Corporazioni, completò la trasformazione del sistema, con la prevalenza della potestà normativa primaria in capo al Governo e la sostanziale retrocessione della Camera a organo consultivo o di mera ratifica delle decisioni assunte dallo stesso.

³⁹ H. HELLER, *L'Europa e il Fascismo*, a cura di C. Amirante, Milano, 1987, 126.

Francesco Alicino

Il principio di legalità e la sovranità statale nell'età dei diritti e della diversità cultural-religiosa

Sommario: 1. Introduzione. – 2. I “dogmi” della legalità e della sovranità. – 3. Sovranità, legalità e il rinnovato “credo” dei diritti umani. – 4. La legalità costituzionale nell'età della diversità cultural-religiosa. – 5. La legalità costituzionale alla prova della multiculturalità. – 6. Lo strumento della legge e il raccordo fra Stato e confessioni. – 7. Eguaglianza e differenze. Alla ricerca di un laico e ragionevole compromesso. – 8. Conclusioni.

1. Introduzione.

Durante il processo storico di fondazione del diritto moderno, la sovranità statale risponde all'esigenza di riduzione dell'arbitrio e della spersonalizzazione del potere politico. Risponde cioè al bisogno di una razionalità giuridica, capace di prevalere sugli interessi corporativi e di parte. In questo modo il diritto moderno e il relativo sistema legale sperimentano una virtuosa ambivalenza: espressione del potere sovrano, per un verso, e della sua limitatezza, per l'altro. Nel corso della modernità fino alla Rivoluzione e, attraverso la Rivoluzione fino all'età degli Stati nazione¹, lo stesso principio di legalità finisce per offrire sicurezza sia nell'esistenza collettiva che in quella individuale. Genera uguaglianza contro le particolarità di ceto e di luogo, ma anche garanzia nei confronti delle nuove individualità della società liberale e borghese.

Questa ricostruzione tende tuttavia a ottenebrare il ruolo svolto dal fattore religioso che, al contrario, partecipa in vario modo – anche in forma oppositiva² – allo sviluppo del costituzionalismo occidentale, dispiegando tutte le sue capacità mediante i tradizionali paradigmi della legalità, inclusa la sovranità statale³. Vero è che con le vicende rivoluzionarie del XVIII e XIX secolo il potere legale – che è anche e soprattutto il potere di fare e disfare le leggi – perde il suo ancoraggio con il retaggio ereditario d'origine divina, indi non è più considerato strumento esclusivo della personalità regale. Ma è altrettanto manifesto che con le rivoluzioni, e attraverso le rivoluzioni, questo potere resta pur sempre espressione di un essere

¹ M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Il Mulino, Bologna, 2009, 57.

² G. ZAGREBELSKY, *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Laterza, Roma-Bari, 2010, 9.

³ D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 120 ss.; ID., *Costituzione e costituzionalismo nella tradizione giuridica occidentale*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *La Costituzione Francese/La Constitution Française*, Giappichelli, Torino, 2009, 8 ss.

immortale e onnipotente. Resta cioè legato a stilemi teologici e sacri, ancorché interpretati in chiave pretesamene laica e liberale. A testimoniare il processo di trasformazione del sistema legale che, coincidendo con la statalizzazione del diritto, viene a connotare la struttura normativa della sovranità. Ciò che, per restare agli esempi più significativi, in Germania prende il nome di *Herrschaft*⁴ e in Francia di *puissance étatique*⁵. Una potenza che, ed è questo il punto, trova in sé i propri referenti fondativi, usando la Legge – con la maiuscola – come espressione della propria sovrana (*suprema*) volontà⁶. Attraverso gli «strumenti che la tradizione della modernità ci ha consegnato», tra cui si spicca la sovranità legislativa, la legge assurge in altre parole a referenza fondatrice e legittimante del potere statale⁷.

Si aggiunga che, quanto al tempo presente, tale parametro si scontra sovente con le dinamiche sottostanti la realtà quotidiana. Una realtà che, premendo da ogni parte e in ogni luogo, finisce per determinare una progressiva erosione dei classici paradigmi della legalità⁸. Sicché, ancorati ai resoconti storici sulla genesi dello Stato moderno⁹, la tradizionale concezione della legalità si presenta con una piena e costante vitalità¹⁰. Quando, al contrario, si esce da quella “storia” e si fanno i conti con la costituzionalizzazione dei diritti umani, la loro internazionalizzazione, la spinta dei poderosi flussi immigratori, l’ambiguo andamento della globalizzazione e la penetrante affermazione del nuovo *ius mercatorum*, ecco che ritorna prepotente il tema della crisi delle fonti giuridiche¹¹, se non addirittura dello Stato di diritto¹², che è anche e soprattutto crisi di quello che Piero Calamandrei definiva come il sistema della legalità¹³. Un sistema che, nell’accezione classica, si iden-

⁴ M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Beck, München, 1992, vol. II, 368 ss.

⁵ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, PUF, Paris, 1994, trad. it. a cura di L. TULLIO, *La potenza dello Stato*, Esi, Napoli, 2002; si veda anche O. BEAUD, *La souveraineté dans la “contribution à la théorie générale de l'État” de Carré de Malberg*, in *Rev. dr. pub.*, 1994, n. 5, 1251 ss.

⁶ J. Maritain spiega questo fenomeno mediante l’esplorazione semantica dei termini di “potere” e “autorità”, arrivando alla conclusione che in Occidente si è via via affermata l’idea che il «pouvoir» indichi «la force dont on dispose et à l’aide de laquelle on peut obliger autrui à écouter ou à obéir ... Pratiquement, il est donc normal que le mot autorité implique le pouvoir»; J. MARI-TAIN, *Démocratie et Autorité*, in AA.VV., *Annales de Philosophie politique. Le Pouvoir*, PUF, Paris, 1957, Tomo II, 26-27. Sulla questione si vedano, fra gli altri, C. WIRSZUBSKI, *Libertas. Il concetto politico di libertà a Roma tra Repubblica e Impero*, Laterza, Bari, 1957, 60 ss.; F. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Aragno, Torino, 2008², 210 ss.; G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Rizzoli, Milano, 2007, 123 ss.

⁷ M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi*, cit., 54.

⁸ Non va peraltro dimenticato che il principio di legalità è sempre stato considerato come una delle «idee cardini della teoria politica»; N. BOBBIO, voce *Legalità*, in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI, *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1976, 518.

⁹ M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi*, cit., 54.

¹⁰ Sul punto D. CARLASSARE, voce *Legalità*, in *Enc. giur.*, Roma, XVIII, 1990; S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXIII, 1973, 659 ss.; R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1994, IX, 85 ss.; S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 2005, 499 ss.; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli, Torino, 2007, 25 ss.

¹¹ P. GROSSI, *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, Satura, Napoli, 2009, 25 ss.

¹² V. FERRARI, *Diritto che cambia e diritto che svanisce*, in P. ROSSI (a cura di), *op. cit.*, 44.

¹³ P. CALAMANDREI (con nota editoriale di S. Calamandrei), *Non c’è libertà senza legalità*, Later-

tifica essenzialmente con il momento legislativo, con la fase di creazione della legge generale ed astratta¹⁴. Che è poi uno dei più eminenti prodotti dell'età della modernità e degli Stati nazionali¹⁵. Di un'epoca cioè differente da quella odierna e che, per gli stessi motivi, si dimostra sovente inadatta a descrivere il modo in cui – appunto – il regime della legalità rileva nel tempo presente.

Ora, innanzi a questo dato di fatto non penso che la reazione migliore sia quella di ricusare la realtà giacché difforme dai classici paradigmi del principio di legalità. Bisognerebbe, piuttosto, analizzare le caratteristiche di questo principio, mettendone se del caso in discussione la pretesa universalità: la sua valenza come modello di riferimento in ogni periodo e per ogni contesto sociale. Una impresa che rischia di smobilitare certezze e che, considerate l'ampiezza del proposito e le capacità di chi scrive, in questa sede non può neppure essere tentata. Si può invece cercare di ridimensionare la portata dell'indagine circoscrivendola agli aspetti che, nel discorso sulla legalità, coinvolgono il fattore cultural-religioso ed un contesto normativo culturalmente e religiosamente frammentato.

Anche perché, come accennato, nonostante sia poco frequentata in dottrina questa particolare prospettiva permette, io credo, di risaltare al meglio una caratteristica fondamentale degli odierni sistemi legali occidentali. Essa consente di comprendere come, seppur decisivi per la nascita e lo sviluppo del *Western Legal System*, i tradizionali paradigmi dello Stato moderno rischino oggi di creare dei veri e propri ostacoli epistemologici¹⁶: delle barriere conoscitive che, proiettando una immagine ingiallita dei fenomeni normativi statali¹⁷, alzano spesso un velo d'incomprensione sul ruolo svolto dal principio di legalità nell'età della diversità cultural-religiosa¹⁸.

Mai, infatti, è accaduto nella storia occidentale che in pochi decenni, e comunque in meno di una generazione, la carta socioreligiosa di molti Paesi cambiasse in modo sì repentino e inaspettato. Da essere religiosamente e culturalmente omo-

za, Roma-Bari, 2013, 15-16, lì dove si afferma che sull'«idea elementare della legalità si incardina tutta la struttura del cosiddetto *Stato di diritto*, il meccanismo del quale, nei suoi svariati e complicati congegni, si può ricondurre ad una idea madre: che non solo le relazioni tra cittadini, ma anche quelle tra cittadini e autorità debbano essere regolate in base a leggi prestabilite, in modo che ciascuno sia in grado di conoscere in anticipo fin dove arrivano i suoi diritti e dove cominciano i suoi doveri» (corsivo dell'Autore).

¹⁴ *Ivi*, 16: creata «la legge, la politica si placa e si depura in quelle formule ridotte senza passione, che sono l'olio essenziale che si raffredda nell'alambicco dopo la lunga ebollizione».

¹⁵ Una legislazione spesso priva di senso compiuto e di un'individuabile linea culturale o etica, aperta a qualsiasi contenuto, capricciosa. In una parola «nichilista»; come ha dimostrato N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004, spec. 18 ss.

¹⁶ Il riferimento è alla famosa nozione di Gaston Bachelard, per cui gli «obstacles épistémologiques» proiettano «toujours quelque part des ombres ... sur la connaissance du réel, qui n'est jamais immédiate et pleine. Les révélations du réel sont toujours récurrentes. Le réel n'est jamais "ce qu'on pourrait croire" mais il est toujours ce qu'on aurait dû penser»; G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1938, 337.

¹⁷ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 158-162, lì dove la gerarchia degli ordinamenti è descritta, appunto, come una «fotografia ingiallita».

¹⁸ J. TULLY, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, 99.

genei, in un arco temporale relativamente breve essi si sono trovati a sperimentare una situazione religiosa e culturale molto articolata e perciò del tutto inedita¹⁹. Il che ha finito per impattare sui tradizionali connotati della legalità, compreso il vecchio e mai sopito principio di sovranità statale.

2. I “dogmi” della legalità e della sovranità.

Seppur ripulita dalle premesse teonomiche, la concezione dello Stato sovrano si afferma in epoca moderna come elemento di continuità e completa sacralizzazione come persona collettiva²⁰: «come in cielo Dio è a tal punto onnipotente, per cui è giusto tutto ciò che vuole e lo stesso ordine della natura dipende dal suo “fiat”, non da una partecipazione alla sua ragione, così in terra il nuovo sovrano crea il diritto e al limite può consentire l’eccezione al regolare funzionamento dell’ordine giuridico. La sovranità ci si presenta, così, come una volontà in azione, dispiiegata, alla base della quale sta il principio: “sit pro ratione voluntas”»²¹. I motivi teologico-assolutistici che in passato hanno connotato la causa di Dio si riverberano in altre parole nella causa dello Stato e della nazione²², permanendo nelle forme politico-giuridiche che le sono subentrate²³. Ed è proprio il celeberrimo concetto della volontà generale, motore del sistema legale così come “codificato” dalla Grande Rivoluzione del 1789, a dimostrarlo in modo a dir poco evidente²⁴.

La volontà generale diventa infatti l’altare politico sul quale vengono solennemente consacrati i presupposti tradizionali del principio di legalità, di cui la legge costituisce l’unico vero collante. Una legge che, sancendo la propria superiorità, dà corpo e sostanza all’*État de droit*²⁵ che, nella concezione rivoluzionaria francese, diventa non a caso sinonimo di *Règne de la loi*²⁶. Allo stesso tempo la Rivoluzione, in questo decisamente unitaria dal 1789 al 1795, si afferma come «la completa riduzione del *droit* a un complesso di *lois*». Tanto che a questo punto della parabola del costituzionalismo occidentale dell’Europa continentale l’itinerario

¹⁹ Si vedano, ad esempio, i dati elaborati in E. PACE (a cura di), *Le religioni nell’Italia che cambia. Mappe e bussola*, Carocci, Roma, 2013.

²⁰ P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2000, 394.

²¹ N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno* (1993), Il Mulino, Bologna, 2001, 87.

²² C. MAIRE, *De la cause de Dieu à la cause de la nation. Le jansénisme au XVIII^e siècle*, Gallimard, Paris, 1998.

²³ *Ivi*, 322.

²⁴ In questo caso si ricorda anche quanto affermato da Max Weber che ha definito il nuovo diritto «quella creatura della Rivoluzione che è il *Code Civile*»; M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, trad. it. a cura di P. ROSSI, *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1961, II, p. 174. Sul punto si vedano le opportune affermazioni di G. ACOCELLA, *Paradigmi della legalità*, in G. ACOCELLA (a cura di), *La legalità ambigua*, Giappichelli, Torino, 2013, 1 ss.

²⁵ S. GOYARD-FABRE, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, PUF, Paris, 1997, 277 ss.

²⁶ Sulla questione, e in particolare sulla nozione di “légicentrisme” nella storia costituzionale francese, fra gli altri si veda R. MARTUCCI, *L’affaire de l’article III: “légicentrisme” o supremazia del legislativo? La Costituzione del 3 settembre 1791 e i suoi antecedenti e referenti*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *op. cit.*, 31 ss.

può dirsi concluso: «la legge è l'unica fonte del diritto, perché è anche l'unica fonte che, in grazia della sua astrattezza generalità rigidità, può garantire l'unità giuridica dello Stato»²⁷.

Questo nuovo sistema legale si regge su un supporto teorico protettivo incentrato, appunto, sul concetto di legge, che però «degenera subito in un efficace apparato mitologico. Sì mitologico, *perché oggetto di credenza e non di conoscenza critica*, fondato su assiomi, ossia su verità indimostrate e indimostrabili»²⁸. Sull'onda culturale impressa a questa tendenza dalla filosofia illuministica, la legge diventa in breve l'oggetto di una *véritable passion*²⁹, dai risvolti tipicamente e sostanzialmente religiosi. Al punto che già nel 1790 si costituisce a Parigi il *Club des Nomophiles*, mentre nel 1792 si arriva addirittura a istituire una vera e propria *Fête nationale de la Loi*³⁰.

D'altronde, il carattere mistico-mitologico e sacro della legislazione statale è già evidente nel pensiero di Jean-Jacques Rousseau che, con la sua creatura della volontà generale, può ben essere considerato l'apostolo della Grande Rivoluzione del 1789³¹. Con Rousseau, e con l'affermazione della *volonté générale*, si registra una svolta decisiva nella storia giuspolitica di questa parte del mondo. Per la prima volta in Occidente l'intero apparato pubblico si oggettivizza in un sistema legale astratto e quasi meccanico di norme scritte, formulate con precisione da un'Assemblea legislativa, quella che Carré de Malberg descrive come novello *Kyrios* (corrispondente all'ebraico 'Adhòhn)³²: una figura che, dotata di autorità e

²⁷ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, 174.

²⁸ *Ivi*, 175 (corsivi miei).

²⁹ J. CARBONNIER, *La passion des lois au siècle des lumières*, in *Essais sur les lois*, Deffrénois, Paris, 1979, 203.

³⁰ E. GARCÍA DE ENTERRIA, *La lengua de los derechos, la formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, 108 ss.

³¹ Il primo a cogliere il legame tra il pensiero di Rousseau e la Grande Rivoluzione fu LOUIS-SEBASTIEN MERCIER, *De J.-J. Rousseau considéré comme l'un des premiers auteurs de la Révolution française*, Buisson, Paris, 1791. Sul ruolo esercitato dall'opera di Rousseau, e soprattutto dal *Contrat social*, sulle vicende rivoluzionarie si vedano, tra gli altri, J.-J. TATIN-GOURIER, *Le Contrat social en question. Échos et interprétation du contrat social de 1792 à la Révolution française*, Presse Universitaire de Lille, Lille, 1989; G. DEL VECCHIO, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nella Rivoluzione francese*, Tipografia della gioventù, Genova, 1903, 27 ss., per il quale «l'opera di Rousseau si è strettamente legata alla preparazione teoretica della grande Rivoluzione, che non si potrebbe intendere questa senza quella». Per questo motivo Del Vecchio critica la nota tesi di Georg Jellinek, secondo il quale la «Dichiarazione del 26 agosto del 1789 è sorta in contrapposizione al *Contrat social*. Quest'opera esercitò, senz'altro, un potente influsso sull'origine e la propagazione del clima rivoluzionario in Francia. Ma l'idea stessa di Dichiarazione va fatta risalire ad un'altra fonte», ossia ai *Bill of Rights* contenuti nelle Carte costituzionali americane della seconda metà del Settecento, a partire da quella della Virginia del 1776; G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1904, in ed. it. trad. a cura di D. NOCELLA, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Giuffrè, Milano, 2002, 7 ss. Si veda anche M. FIORAVANTI, *Aspetti del costituzionalismo giacobino. La funzione legislativa nell'Acte constitutionnel del 24 giugno 1793*, in *Historia Constitucional*, 2007, n. 8, 124 ss., spec. note 2 e 3.

³² R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, Sirey, Paris, 1931, ristampata da Economica, 1984, edizione questa tradotta in it. a cura di M. CALAMO SPECCHIA, *La legge espressione della volontà generale*, Giuffrè, Milano, 2008, 72.

poteri superiori, rappresenta al meglio le tendenze sacralizzanti del nascente sistema legale.

Per le stesse ragioni, tale nuovo sistema legale prende corpo mediante il rito legislativo³³. Nel processo cioè con cui si fanno e si disfanno le leggi che, nell'ottica roussoviana, devono essere fisse e *immuables* per interpreti ed esecutori³⁴, risultando certe e sicure per i cittadini³⁵. Spostando l'asse di riferimento dal Dio trascendente a quello della ragione e del sapere³⁶, con questo edificio teorico Rousseau cerca in buona sostanza di fondare una nuova *religion civile*, i cui dogmi «devono essere semplici, poco numerosi, enunciati con precisione e senza spiegazioni o commenti»³⁷: in una parola, rivelati per mezzo della ragione e del sapere. Ciò che si riflette nella stessa volontà generale, la quale è definita dal pensatore ginevrino come una «divinità potente, intelligente, benefica, previdente e provvida; la vita futura, la felicità dei giusti e la punizione dei malvagi, la santità del contratto sociale e delle leggi; ecco i dogmi positivi»³⁸.

Con Rousseau e il dogma della volontà generale si palesa insomma quella che Giacomo Leopardi definirà di lì a poco come «un tipo di *religione perfettamente ragionevole* (cioè rivelata, perché senza il fondamento della rivelazione, come può una perfetta ragione credere o tornare a credere quello che, umanamente parlando, è veramente falso?) o almeno perfettamente conforme a quella misura della ragione e sapere di quei tali tempi»³⁹. Tempi nei quali si pongono le basi per l'affermazione dei pilastri portanti della moderna concezione del principio di legalità che, come si è accennato in precedenza, continua a essere influenzato da elementi di ispirazione teonomica, i cui fili speculativi rimandano essenzialmente alla nozione di *potestas* divina.

Solo che ora questa potestà (di fare e disfare le leggi) è attribuita a entità civili e terrene. Entità incarnate dal Parlamento, bocca della volontà generale, il cui operato si legittima mediante i concetti di Stato e di nazione, considerati come unità indistinte e indifferenziate⁴⁰. Né più e né meno che le religioni dei tempi moderni⁴¹ le quali, nate in nome e con la spinta dell'anticlericalismo, rischiano a loro volta di diventare clericali⁴². Il «culto dell'*Être suprême* della Rivoluzione già-

³³ P. PRODI, *Una storia della giustizia*, cit., 391.

³⁴ P. LEGENDRE, *Leçon VI. Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États*, Fayard, Paris, 1992, 151 ss.

³⁵ E. GARCÍA DE ENTERRIA, *La lengua de los derechos, la formación del Derecho público europeo tras la Révolution Française*, cit., 60.

³⁶ L. RIZZI, *Religione civile e laicità in Rousseau*, in *Il Politico*, 1993, III, 446 ss.

³⁷ J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit publique / Il contratto sociale* (1762), Laterza, Roma-Bari, 1997 (con testo a fronte, trad. italiana di M. Garin), 204.

³⁸ *Ivi*, 205.

³⁹ G. LEOPARDI, *Zibaldone di pensieri*, a cura di A.M. Moroni, con saggi introduttivi di S. Solmi-G. De Robertis, Mondadori, Milano, 1983, 267-268 (corsivo mio).

⁴⁰ L. JAUME, *Le libéralisme français après la Révolution, comparé au libéralisme anglais*, in *Historia Constitucional*, n. 4, 2003, 17.

⁴¹ P. PRODI, *Storia moderna*, Il Mulino, Bologna, 2005, 60-61. Sul punto F. CHABOD, *L'idea di nazione*, Laterza, Bari, 1961; F. CHABOD, *Storia dell'idea di Europa*, a cura di A. Saitta-E. Sestan, Laterza, Bari, 1962, 107 ss.

⁴² Sul punto J. ROELS, *Le concept de représentation politique au XVIII^e siècle français*, Louvain-

cobina è un esempio paradossale e lampante di questo mutamento di abito»⁴³.

Tale processo tocca l'apice con la Rivoluzione francese, mediante la quale il principio o, meglio, lo spirito della laicità – una laicità che nelle sue forme più estreme si rileva altrettanto “religiosa” e “dogmatica” di quella propugnata dai culti tradizionali⁴⁴ – diviene un simbolo di unità nazionale, un tassello fondamentale dell'identità repubblicana. Ma si tratta solamente di un picco temporaneo, corrispondente a uno stadio primordiale di una tendenza che avrebbe raggiunto il suo vero culmine solo nel Novecento⁴⁵, e in particolare con l'affermazione delle ideologie totalitarie: quelle che Eric Voegelin chiama le nuove e potenti religioni politiche, basate sulla divinizzazione del collettivo⁴⁶. Siano esse la classe, lo Stato o la razza, queste religioni si esprimono con istanze trascendenti, che pretendono di essere le uniche fonti di senso per l'agire dei singoli e, a maggior ragione, delle personalità collettive⁴⁷. Quelle stesse personalità che, come profetizzato Benjamin Constant nella sua serrata critica alla roussoviana volontà generale⁴⁸, sovente avallano sistemi legali in cui la persona umana rischia di dissolversi sotto il peso della potenza comunitaria⁴⁹. Ciò che, con maggiore preveggenza, lo stesso Leo

Paris, Nauwelaerts, 1969, 179 ss. M. DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *Traité général de l'État*, Sirey, Paris, 1929, 625 ss. Si veda anche D. SETTEMBRINI, *Democrazia senza illusioni*, Laterza, Roma-Bari, 1994, 21; L. DUGUIT, *Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel*, in *Revue de droit publique*, 1918, 173 ss., spec. 179; A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, 1981, 405 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, 112.

⁴³ G. ZAGREBELSKY, *Scambiarsi la veste*, Laterza, Roma-Bari, 2011, 111; M. DE CERTEAU, *Du système religieux à l'éthique des lumières: la formalité des pratiques*, in AA.VV., *La società religiosa nell'età moderna. Atti del Convegno Studi di storia sociale e religiosa. Capaccio-Paestum, 18-21 maggio 1972*, Guida, Napoli, 1973, 447 ss.

⁴⁴ P. SCOPPOLA, *Laicismo e anticlericalismo*, in AA.VV., *Chiesa e religiosità in Italia dopo l'unità (1861-1878). Atti del convegno di studi di storia della Chiesa*, Vita e Pensiero, Milano, 1973, 247 ss.

⁴⁵ M. SCATTOLA, *Teologia politica*, Il Mulino, Bologna, 2010, 23.

⁴⁶ E. VOEGELIN, *Die politischen Religionen*, Wien, Bermann-Fischer, 1938, trad. it. a cura di S. CHIGNOLA, *La politica: dai simboli alle esperienze*, Giuffrè, Milano, 1993. Sul punto M. LEY, *Politische Religion?*, Fink, München, 2003. Negli stessi anni R. Aron affermava che proprio l'adesione al sacro avrebbe infine portato a dissolvere la distinzione tra pubblico e privato, alimentando una visione totalitaria – e totalizzante – della politica e del diritto. Il pensatore francese arriva a pensare che la “cura” alle degenerazioni totalitarie del Novecento passi dall'affermazione di una forma di religione politica *séculière*, da opporre al totalitarismo; R. ARON, *La sociologie allemande contemporaine* (1935), PUF, Paris, 1950, trad. it. a cura di R. COCCILOLO-M. SIGNORE, *Introduzione alla sociologia tedesca contemporanea*, Messapica, Lecce, 1980, 147 ss. Si veda anche J.L. TALMON, *The Origins of Totalitarian Democracy*, Secker and Warburg, London, 1952, trad. it. a cura di M.L. IZZO AGNETTI, *Le origini della democrazia totalitaria*, Il Mulino, Bologna, 1967; K. VONDUNG, *Magie und Manipulation*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1971. La ricerca storica si è impegnata a ricostruire le teologie implicite (rituali, liturgie, simboli) del nazismo, del fascismo e del comunismo: fra gli altri si vedano H. MAIER, *Politische Religionen*, Herder, Freiburg, 1995; E. GENTILE, *Il culto del littorio*, Laterza, Roma-Bari, 1993; H.O. SEITSCHKEK, *Eschatologische Deutungen*, in H. MAIER (a cura di), *Totalitarismus und politische Religionen*, Schöningh, Paderborn, 1996-2003, vol. III, 179 ss.

⁴⁷ C.A. JEMOLO, *La crisi dello Stato moderno*, Laterza, Bari, 1954, 31.

⁴⁸ Su cui si rinvia a G. ACOCELLA, *Paradigmi della legalità*, cit., 11-20 e alla bibliografia *ivi* pure riportata.

⁴⁹ B. CONSTANT, *Principe de politique*, in Id., *Cours de politique constitutionnelle et collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif* (1806), Guillaumin, Paris, 1872, 111.

pardi diagnosticherà «con la malattia del suo tempo, il mito della ragione» o, come si preciserà nello *Zibaldone*, della religione perfettamente ragionevole: «la quale, virata in ideologia, è diventata la barbarie responsabile degli stermini del Novecento e poi delle discutibili guerre umanitarie del secolo attuale»⁵⁰.

3. Sovranità, legalità e il rinnovato “credo” dei diritti umani.

Seppur con una sommaria e certamente non esaustiva analisi – del resto non è questo l'intento primario della presente ricerca – questi esempi dimostrano come il fattore religioso abbia spesso rappresentato il viatico storico-concettuale mediante il quale s'è affermata la doppia vocazione del principio di legalità: da un lato, costruire limiti e garanzie da opporre al potere sovrano, in difesa delle sfere di autonomia dei cittadini; dall'altro, partecipare alla costruzione di quel potere, con l'elemento del consenso, e con l'evidente finalità di meglio garantire quelle medesime sfere e quei medesimi diritti entro una nuova dimensione del potere legale⁵¹.

Una dimensione capace di riconoscere e tutelare i diritti individuali, compreso il fondamentale diritto di libertà religiosa che, particolare non secondario, nella storia della cultura giuridica occidentale è considerato come il seme dal quale sono germinati «tutte le altre libertà e tutti gli altri diritti fondamentali»⁵². Ragione per la quale, la libertà religiosa ha contribuito non poco all'affermazione dei caratteri permanenti⁵³, o della qualità essenziali⁵⁴, del costituzionalismo laico e liberale, nel quale il principio di legalità occupa un posto di primaria assoluta importanza. Per i motivi sopra esposti, questa tendenza è stata tuttavia ottenebrata dall'avvento degli Stati nazionali, che nella prima metà del secolo scorso hanno confinato la tematica dei diritti⁵⁵ entro il dominio e la potenza della legge statale⁵⁶.

Ciononostante, gli Stati non sono riusciti a racchiudere completamente la que-

⁵⁰ JOHN GRAY, *The Barbarism of Reason: The Notebooks of Leopardi*, in *NewStatesman*, 23 settembre 2013 (traduzione mia), si tratta di una recensione alla notevole vicenda editoriale determinata dalla traduzione in inglese dello *Zibaldone* di Giacomo Leopardi, trad. in inglese a cura di M. Casar-F. D'Intino, Penguin Classics, London, 2013, su cui si veda anche il saggio di E. RASY, *Giacomo Leopardi superstar*, in *Il Sole 24Ore Domenica*, 3 novembre 2013.

⁵¹ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 150.

⁵² G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo* (1925), Laterza, Roma-Bari, 2003, 18 ss. Tanto è vero che «la tutela di questi diritti è il fine essenziale dello Stato: la libertà individuale è la vera libertà dei moderni, la libertà politica ne è la garanzia»; G. ACOCELLA, *I paradigmi della legalità*, cit. 19-20.

⁵³ A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in A. BARBERA-G. ZANETTI (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2000, 9 ss.

⁵⁴ CH. H. MCILWAIN, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, Cornell University Press, New York, 1947, 28, trad. it. a cura N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Bologna, 1990, 44.

⁵⁵ Sulle varie aggettivazioni (fondamentali, individuali, personali, umani, universali) dei diritti si veda fra gli altri l'articolato e il documentato saggio di N. FASCIANO, *Trascendenza, violenza e sintassi dei diritti*, in *Quaderni del dottorato 2004*, Giappichelli, Torino, 2007, 317 ss.

⁵⁶ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, cit., 151.

stione dei diritti entro il proprio recinto territoriale. Anche perché quella che significativamente è stata definita come la seconda guerra dei trent'anni (1914-1945)⁵⁷ ha mostrato dove può condurre lo scatenamento omicida di poteri legali dogmaticamente concepiti⁵⁸. Talché, conclusa la terribile vicenda di questo conflitto e trascorsi i regimi totalitari, le Costituzioni europee e le Carte sovrastatali dei diritti del secondo dopoguerra danno nuovo vigore alla vocazione storica del costituzionalismo occidentale e del relativo sistema legale, di cui si sono via via allargati i confini dopo che lo stesso è rimasto per troppo tempo imprigionato nel fortitizio dello Stato.

Sotto quest'aspetto cruciale è il ruolo svolto dal rinnovato credo dei diritti fondamentali che, elevando la persona umana a entità sovrana, determina l'affermazione di un *novus homo juridicus* o, più semplicemente, di un nuovo *soggetto*, nel senso etimologico e originario del termine: un essere assoggettato al rispetto della legge, ma tutelato dalla stessa; che agisce secondo le proprie regole, ma che è obbligato a rispondere delle sue azioni in conformità a prescrizioni legali.

Ad ogni modo, con tutto il suo carico di proiezioni universalistiche il credo dei diritti dell'uomo si spinge fino al punto di ridefinire il principio di legalità, segnandone il passaggio dal primato della legge a quello della Costituzione⁵⁹. Sganciandolo, cioè, dalla tradizionale logica degli Stati sovrani e ancorandolo, invece, a una sorta di sovranità dei diritti individuali, che assurgono in tal modo ai più importanti titoli di legittimazione delle norme stabilite dall'ordine civile e secolare⁶⁰.

L'esempio più evidente di questo cambio di prospettiva è fornito da quanto sancito dall'importante art. 6 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948: «ogni individuo ha diritto, in ogni luogo, al riconoscimento della sua personalità giuridica». Un principio questo che, non a caso, è ribadito in tutte le Carte costituzionali occidentali del secondo dopoguerra e che, seppur con formule differenti, rimane profondamente segnato «dalla contaminazione con i concetti teologici secolarizzati»⁶¹. Anche in questo caso, infatti, emerge l'influsso operato

⁵⁷ G. STEINER, *In Bluebeard's Castle. Some Notes towards the Redefinition of Culture*, Yale University Press, New Haven, 1971, trad. it. a cura di I. FARINELLI, *Nel castello di Barbablù. Note per la ridefinizione della cultura*, Studio Editoriale, Milano, 1990, 32.

⁵⁸ S. LEVI DELLA TORRE, *Zone di turbolenza. Intrecci, somiglianze, conflitti*, Feltrinelli, Milano, 2004, 17. Ovviamente non si può qui non citare Carl Schmitt il quale, mediante l'analisi delle analogie fra forme della religione e quelle statali inaugura il dibattito novecentesco sulla teologia politica; concetto da lui coniato con un breve scritto del 1922, *Politische Theologie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1922, trad. it. a cura di A. CARACCILO, *Teologia politica. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, Giuffrè, Milano, 1992. Si veda anche C. SCHMITT, *Römischer Katholizismus und politische Form*, Jakob Hegner, Hellerau, 1923, trad. it. a cura di C. GALLI-C. SANDRELLI - rev. di C. GALLI -, *Cattolicesimo romano e forma politica*, Giuffrè, Milano, 1986, 54. Sul punto si permetta il rinvio a F. ALICINO, *Religione e costituzionalismo occidentale. Osmosi e reciproche influenze*, in C. DECARO BONELLA (a cura di), *Tradizioni religiose e tradizioni costituzionali. L'Islam e l'Occidente*, Carocci, Roma, 2013, 57-112, e alla bibliografia *ivi* pure riportata.

⁵⁹ Si veda, ad esempio, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 46 ss.

⁶⁰ L. VOLPE, *Summary ending: verso la forma devoluta dello Stato costituzionale?*, in A. TORRE (a cura di), *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari (dal Regno Unito all'Europa)*, Giappichelli, Torino, 2007, 1172.

⁶¹ R. ESPOSITO, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Einaudi, Torino, 2007, 25.

dalla religione, e segnatamente della religione cristiana, che sull'immagine e la vicenda di Cristo ha fatto della personalità un attributo di ogni essere umano, affidandogli una doppia natura, materiale e spirituale. Una concezione che nasce con l'avvento del cristianesimo, passa dal moderno giusnaturalismo e si perfeziona con l'illuminismo settecentesco, acquisendo infine una particolare protezione (legale) negli ordini costituzionali nati dalle ceneri del secondo conflitto mondiale. Qui, per vero, viene a determinarsi un radicale mutamento dei presupposti giuridici che definiscono una persona: la sua libertà è ora garantita non solo dall'atteggiamento astensionista degli organi statali (c.d. libertà negativa), ma anche e soprattutto dalla possibilità riconosciuta a ogni essere umano di sviluppare appieno la propria personalità; ciò che include l'intervento dello Stato a garanzia dei diritti sociali, la loro fruibilità⁶².

Detto altrimenti, i diritti fondamentali fanno di ciascun soggetto un individuo unico, nell'accezione latina e primaria del termine (da *in-dividuus*, che non è divisibile): un essere composto di anima e corpo, ossia incarnato in una propria personalità⁶³. La particella elementare e imprescindibile di un ordine legale costituzionale, nel quale i diritti umani arrivano in alcuni casi a non sopportare neanche gli statuti derogatori della cittadinanza. Ed è proprio la libertà religiosa a dimostrarlo laddove, come ribadito dall'art. 19 della Costituzione italiana, afferma che *tutti* (e non tutti i cittadini) hanno diritto di professare liberamente la propria fede, comunque orientata⁶⁴.

In questo modo si spiegano le principali ragioni che hanno portato a ritenere i diritti fondamentali dotati di una forza tale da scardinare alcuni capisaldi della sovranità statale, compreso il *nulla poena sine praevia lege poenali*, il più classico dei paradigmi storici del principio di legalità. A testimoniare è lo stesso processo di Norimberga, attraverso il quale sono stati condannati i gerarchi nazisti in base a fatti che, nel momento in cui sono stati commessi, ossia sotto l'egida del sistema legale statale di marca hitleriana, non costituivano reato.

In quanto innervato su principi e valori non propriamente giuspositivistici, quali la giustizia e l'opportunità, a detta di molti questo processo è uno degli esempi più clamorosi della violazione del sistema della legalità. Al contrario, altri sostengono che proprio a Norimberga si afferma in modo palese l'incremento degli ideali del-

⁶² Di qui quella che Amartya Sen identifica come l'importanza sociale dei diritti umani; A. SEN, *The Idea of Justice*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Mass., trad. it. a cura di L. VANNI, *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2010, 373-374.

⁶³ Da cui l'auspicio a «completare la transizione» da uno Stato di individui ad uno di persone, come sottolinea M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, trad. it. a cura di E. Greblo, con introduzione di C. Saraceno, Il Mulino, Bologna, 2002; si veda anche M.C. NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, trad. it a cura di W. MAFEZZONI, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2001.

⁶⁴ A ogni essere umano è infatti riconosciuto «uno statuto universale di persona, indipendentemente dalla sua cittadinanza nazionale»; S. BENHABIB, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, trad. it. a cura S. DE PETRIS, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Cortina, Milano, 2006, 53. Siamo «di fronte a una saldatura tra umanità e diritto, che assume la forma della compenetrazione tra persona e diritti fondamentali», come afferma S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, 25 e 32.

la legalità, concepita come un valore reale che, come tale, si informa al principio di circostanzialità⁶⁵: un principio ricostruito – circoscritto – da criteri empirici e necessariamente flessibili, nel quale di immutabile rimane solamente il bene dei consociati. Un bene che, in quanto sublimato nei diritti individuali primari, assurge a patrimonio irrettrabile dell'umanità⁶⁶.

Per questi motivi, l'influenza del processo di Norimberga sull'evoluzione dei paradigmi del *Western Legal System* è quanto mai profonda. Per la prima volta sottoposto a giudizio è un intero Stato, imputato di colpe commesse nei confronti dei propri cittadini. Il che non significa l'annullamento del principio di legalità, semmai un ripensamento di alcuni dei suoi classici paradigmi. A cominciare da quelli che in passato hanno impedito ai sistemi legali occidentali di riconoscere al singolo individuo una soggettività giuridica, qual era invece attribuita su base esclusiva agli organismi statali⁶⁷.

4. La legalità costituzionale nell'età della diversità cultural-religiosa.

Dal secondo dopoguerra si afferma in questo modo una vera e propria rivoluzione, nel senso tecnico e giuridico della formula: un fatto che si impone non solo sui regimi totalitari o, se si preferisce, sulle insufficienze dei sistemi liberali del XIX secolo, ma anche e soprattutto sulla forma storica della legalità che, tuttavia, continua ad essere presentata come elemento esclusivo della sovranità statale⁶⁸. Il che finisce per oscurare le non poche novità introdotte in questo periodo, a cominciare dall'impatto che sul sistema della legalità è esercitato dal controllo di costituzionalità⁶⁹.

Un controllo che sanziona in modo definitivo la supremazia (non più della legge, ma) della Costituzione, con la quale trova nuovo vigore il principio di eguaglianza, nel senso formale e sostanziale della formula. Anche perché l'esperienza ha dimostrato che la legge, per il fatto stesso di esistere, non necessariamente produce «uguaglianza, come si pensava nel tempo del dominio del grande mito della “volontà generale”». Questo «è vero solo per la legge conforme a Costituzione», e solamente dopo che la Corte costituzionale ne «ha rilevato il contenuto non discriminatorio, e persino la sua intrinseca ragionevolezza»⁷⁰. A ribadirlo è stata di re-

⁶⁵ R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Mass., 2006, trad. it. a cura di S.F. MAGNI, *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2010, 184-185.

⁶⁶ G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006, 23-24.

⁶⁷ R. ESPOSITO, *Terza persona*, cit., 82. Si veda anche R. ESPOSITO, *Termini della politica. Comunità, immunità, biopolitica*, Mimesis, Milano, 2008, 117; R. ESPOSITO, *Concepire l'impersonale. Verso l'originaria unità dell'essere vivente*, Notizia Editrice, Modena, 2009, spec. 16-22.

⁶⁸ F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto, 1) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, 1989, XIV, 22.

⁶⁹ Su cui si vedano, fra gli altri, G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, spec. 20 ss.; E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2004, 18 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988.

⁷⁰ M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi*, cit., 58.

cente la Corte costituzionale italiana, che ha sintetizzato questo presupposto nell'«apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la “causa” normativa che la deve assistere»⁷¹. Come a dire, non si rinuncia all'idea della legge come fattore di razionalità, ma quella razionalità è da scoprire, sindacare, valutare, correggere, con un intervento della giurisprudenza, a cominciare da quella dei giusdicenti apicali⁷².

Accanto alla contaminazione fra *civil law* e *common law*, dal controllo di costituzionalità deriva così il primo degli eventi formidabili del Novecento, che prende corpo nel ruolo centrale delle Costituzioni le quali, dall'essere breviari di valori, diventano breviari di principi e regole di diritto⁷³. Anche in questo caso, però, risulta centrale la funzione svolta dai diritti della personalità che, nel rinnovato scenario giuspolitico, permettono «un governo dal basso di differenze e di diversità, affidando ai vari soggetti interessati l'iniziativa e l'impegno per la realizzazione di fini e programmi». Per queste ragioni, i suddetti diritti appaiono essenziali al fine di governare giuridicamente, e quindi legalmente, le interferenze e i conflitti⁷⁴, compresi quelli di natura cultural-religiosa⁷⁵.

Di più, gli effetti di questo cambiamento si colgono a pieno se rapportati al processo di destrutturazione della religiosità tradizionale, alla rottura della passata unità religiosa e culturale⁷⁶. Ciò, a sua volta, si riverbera nell'affermazione di nuovi interessi e bisogni religiosamente e culturalmente connotati, cui il sistema della legalità costituzionale deve apprestare tutela.

Questo sistema si scopre così capace di scavalcare i tradizionali steccati eretti nel corso degli anni, se non dei secoli, dalla sovranità statale, conferendo al contempo maggiore vigore al momento giurisprudenziale del diritto⁷⁷, e in particolare alla giurisprudenza prodotta nelle sedi apicali delle giurisdizioni nazionali (Corti costituzionali) e sovranazionali (Corte europea dei diritti dell'Uomo, Corte di giustizia dell'Unione europea, ad esempio)⁷⁸. E questo perché in una società pluralistica la regolamentazione giuridica non può avvenire solo per disposizioni legislative, come in una società monoculturale e monoreligiosa, in quanto i comportamenti degli individui sono sovente frutto di valutazioni e parametri etico-culturali differenti, quindi non sempre prevedibili⁷⁹. Spetta dunque ai giudici e alla quoti-

⁷¹ Corte cost., sent. 4 aprile 2012, n. 96. Si veda anche Corte cost., sent. 20 giugno 2007, n. 245; Corte cost., sent. 25-28 marzo 1996, n. 89.

⁷² M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi*, cit., 58.

⁷³ P. GROSSI, *L'identità del giurista oggi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, n. 4, 1099-1100. In questo senso anche G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005, spec. 20 ss.

⁷⁴ M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, cit., 163.

⁷⁵ Basti dire del diritto di non discriminazione «nato con riferimento ai neri d'America, oggi utilizzato da numerose “minoranze” o espressioni di “diversità”», soprattutto quelle di carattere cultural-religioso; *ivi*, 161.

⁷⁶ N. COLAIANNI, *Diversità religiose e mutamenti sociali*, in G.B. VARNIER (a cura di), *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2004, 154.

⁷⁷ N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, Milano, 2007, 2.

⁷⁸ Sul punto cfr. B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino, 2013, 220 ss.

⁷⁹ C. CARDIA, *Laicità dello Stato, appartenenze religiose e ordinamento giuridico: prospettiva se-*

diana fatica della giurisprudenza⁸⁰ il compito di individuare e rimuovere gli ostacoli sulla via dell'eguaglianza, tutelando al contempo le differenze⁸¹. Donde le principali tendenze tracciate dal nuovo costituzionalismo destatalizzato⁸², ovvero dalla legalità costituzionale di livello europeo⁸³.

Il *modus operandi* del rinnovato sistema della legalità si riflette così nel declino della produzione normativa centralizzata, che inevitabilmente segna il passo rispetto a una realtà policentrica, dove l'esercizio del potere sovrano è «destinato a perdere ogni connotato di esclusività per divenire prerogativa di tutti i soggetti»⁸⁴. La stessa sovranità è ora concepita in termini di concorso, concetto «più ampio, comprensivo, delle tante modalità con cui essa ormai si svolge, dalla semplice concomitanza di attività, e quindi dalla presenza di soggetti diversi negli stessi settori, alla partecipazione, alla convergenza, alla cooperazione e anche alla concorrenza»⁸⁵. Non è pertanto un caso se in quest'ambito si assiste a un ripensamento del modo di utilizzare lo strumento della legge che, come si diceva, ha monopolizzato il principio di legalità durante l'età della modernità.

5. La legalità costituzionale alla prova della multiculturalità.

L'evoluzione del sistema della legalità si è affermata non solo nel rapporto tra gli Stati nazionali, sovrapposti e non più gerarchicamente ordinati, ma anche nei confronti delle comunità di individui, comprese quelle rette da norme di condotta spiritualmente caratterizzate. Anzi, a ben riflettere questo è uno dei risultati più evidenti tra quelli che hanno contrassegnato il passaggio dai paradigmi storici della legalità, ancorati alla concezione esclusivista della produzione normativa, alla legalità costituzionale multilivello e destatalizzata, che al contrario cerca di coinvolgere nell'esercizio della sovranità i cittadini e, ancor di più, le formazioni sociali, incluse quelle religiose.

Con tutto il suo carico di diritti di libertà, accettando la diversità e rifiutando

colare, in A. TALAMANCA-M. VENTURA (a cura di), *Scritti in onore di Giovanni Barberini*, Giappichelli, Torino, 2009, 119-120.

⁸⁰ G. BENEDETTI, *Quale ermeneutica per il diritto europeo?*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2006, I, 8: una fatica capace di superare «gli steccati nazionali».

⁸¹ G. TEUBNER, *Costituzionalismo della società transnazionale – Relazione al XXVIII Convegno Annuale Dell'AIC*, in *Rivista AIC*, vol. IV, 7-9. Si veda anche I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *Walter Hallstein-Institut*, 2002, *Paper* n. 5, spec. 3 ss.; I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revised*, in *Common Market Law Review*, 1999, n. 36, 703 ss.

⁸² Su punto già C. MORTATI, *Le libertà civili e i diritti politici*, in AA.VV., *Diritti dell'uomo e Nazioni Unite*, Cedam, Padova, 1963, 82-83.

⁸³ E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Esi, Napoli, 2006, 16. Sul punto anche E. CHELI, *Intorno ai fondamenti dello "Stato costituzionale"*, in *Quaderni cost.*, 2006, 263 ss.

⁸⁴ A. VALASTRO, *Stato costituzionale, democrazia pluralista e partecipazione: quali diritti?*, in P. CARETTI-M.C. GRISOLIA (a cura di), *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Il Mulino, Bologna, 2010, 457.

⁸⁵ N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2006, 195.

l'egualitarismo⁸⁶, la legalità costituzionale cerca così di sostenere l'eguaglianza senza dissimulare le differenze⁸⁷. Le peculiarità che, nel sistema delle fonti del diritto, caratterizzano i rapporti fra Stato e tali formazioni sociali non devono tradursi in connotazioni singolari o privilegiate. Devono, piuttosto, agevolmente ricondursi a un fondamento della legalità basata sul riconoscimento delle forme di autonomia, in funzione dello svolgimento della personalità dell'uomo e del perseguimento dei suoi diritti inviolabili⁸⁸. Ciò significa che non è esclusa l'ipotesi del *favor legis* nei confronti dei soggetti confessionali, tale da gratificarli nella loro proficuità personalistica⁸⁹. Per le stesse ragioni, questi gruppi non possono però assurgere a strumenti di costrizione della libertà o diventare l'ostacolo alla libera espansione dell'individuo⁹⁰; come, invece, tipicamente si verifica nelle ideologie organicistiche, in cui la persona umana rischia di sparire o di essere dissolto dietro i soggetti collettivi⁹¹.

Sotto l'impulso della globalizzazione e del fenomeno migratorio, questa nuova forma di legalità si trova tuttavia a dover fronteggiare un'inedita geografia cultural-religiosa che, toccando i nervi sensibili del principio di laicità, produce un intricato paradosso: per un verso, aumenta il pluralismo religioso, dovuto al moltiplicarsi delle culture diverse portate dalle migrazioni; per l'altro, proprio questo pluralismo fa sorgere diffuse esigenze di riconoscimento del religioso – e quindi delle regole religiose – nello spazio pubblico⁹². Un paradosso, questo, alimentato anche dalla pretesa universalità del sistema legale occidentale, che mette sì in campo «un parco di valori e principi-guida validi per tutti gli uomini in ogni tempo e sotto ogni clima», ma che sono stati «confezionati dentro un involucro unidimensionale in tutto e per tutto tipico della specifica matrice culturale che li ha generati»⁹³.

Ed è così che si giunge al *clou* della questione, determinata dall'incontro-scontro fra il principio di legalità e le dinamiche del multiculturalismo alimentate, in particolare, dal fenomeno dell'immigrazione, vera forza motrice dell'odierna società

⁸⁶ W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1995, trad. it. a cura di G. GASPERONI, *La cittadinanza multicultural*, Il Mulino, Bologna, 1999, 50 ss.

⁸⁷ Ossia «l'eguale libertà delle confessioni di organizzarsi e di operare rappresenta la proiezione necessaria sul piano comunitario»; Corte cost., sent. 16 luglio 2002, n. 346, in *Giur. cost.*, 2002, 2615, con nota redazionale di P. Spirito (2621) e nota a sentenza di G. GUZZETTA, *Non è l'«eguale libertà» a legittimare l'accesso ai contributi regionali delle confessioni senza intesa*, 2624 ss. Sul punto si veda anche A. ALBISETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2010, 118 ss.

⁸⁸ S. BERLINGÒ, voce *Fonti del diritto ecclesiastico*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, 1994, 455.

⁸⁹ P. BELLINI, *Il diritto di essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Giappichelli, Torino, 2007, 172.

⁹⁰ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, cit., 47.

⁹¹ Sul punto E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, L'Harmattan, Paris, 2005, 58 ss.

⁹² P. DONATI, *Il problema della laicità: come coniugare la distinzione fede/ragione*, in *Introduzione* a P. DONATI (a cura di), *Laicità: la ricerca dell'universale nelle differenze*, Il Mulino, Bologna, 2008, 10.

⁹³ G. MARRAMAO, *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, 173.

multiculturale⁹⁴. Una società attraversata da un grande dilemma, che l'attuale forma della legalità costituzionale tenta di sciogliere mediante la proclamazione della dignità della persona, la cui tutela implica un rapporto di eguaglianza nel rispetto delle differenze⁹⁵; ciò che, a sua volta, involge il divieto di trattamenti discriminatori nei confronti di una o più diversità. Dignità ed eguaglianza si pongono in breve come i cardini della legalità costituzionale⁹⁶: non sono negate né dissimulate come invece avveniva nei regimi assolutistici, compresi quelli che si esprimevano con «la nuda forza della società» o l'«ideologia della volontà generale»⁹⁷.

Ancora una volta, ciò è avvenuto mediante l'accentuazione della fisiologica coesistenza fra il diritto alla differenza (nel riconoscimento della specificità cultural-religiosa delle singole comunità) e l'universalità dei diritti umani (il godimento e la tutela dei quali deve essere garantito a tutti: credenti, diversamente credenti e non credenti). Se infatti è vero che lo Stato ha il dovere di tutelare questi diritti, è altrettanto evidente che l'appartenenza a una religione non è condizione necessaria per il loro effettivo godimento ed esercizio.

Innervando i pilastri portanti dell'ordine costituzionale, la disciplina dei diritti fondamentali è in breve aliena dalla mediazione delle confessioni. D'altro canto, tale disciplina non esclude, anzi, il rispetto della diversità. Ed ecco ritornati al punto di partenza, al dilemma fra eguaglianza e differenza. Un dilemma che, come si diceva, è ora accresciuto dal rinnovato scenario policulturale e multiconfessionale. E si dovrà notare come, pur innanzi a principi costituzionali e sovrastatali sostanzialmente simili, questa problematica sia stata spesso affrontata mediante il ricorso allo strumento della legislazione, non di rado stimolata dall'attività dei giudicanti apicali. Tanto è vero che, alla luce della nuova geografia religiosa e sotto la pressione operata dai diritti fondamentali attraverso il lavoro dell'interprete in sede giurisdizionale, la legge è stata sovente utilizzata per ri-definire il sistema di relazioni Stato-confessioni e il relativo modello di laicità. In Europa gli esempi più rappresentativi di questa tendenza sono in particolare forniti dall'Italia, dalla Francia e dal Regno Unito.

6. Lo strumento della legge e il raccordo fra Stato e confessioni.

In alcuni Paesi europei (ad esempio, Spagna, Grecia, Germania, Romania, Bosnia ed Erzegovina) la disciplina di raccordo Stato-confessioni è per lo più informata al metodo della legislazione negoziata o, come usa dire, della bilateralità pattizia. Ciò significa che i contenuti di questa disciplina non sono unilateralmente imposti dal Parlamento statale: sono concordati con i rappresentanti delle singole confessioni religiose. Quanto all'Italia, tale metodo trova ispirazione in due

⁹⁴ N. PAPASTERGIATIS, *The Turbulence of Migration*, Polity Press, Cambridge, 2000, 86.

⁹⁵ G. ALPA-M. ADENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2005, 44.

⁹⁶ Su cui, fra gli altri, M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Passigli Editori, Firenze, 2010.

⁹⁷ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 115.

specifici dispositivi costituzionali: il concordato e le intese. Nel primo caso (art. 7, comma 2, Cost.) si tratta di un contenitore giuridico che, mutuato dal previgente Regno d'Italia, è incardinato sulla distinzione fra la religione maggioritaria e i gruppi minoritari definiti principalmente *a contrario*: perché essi non sono il culto prevalente⁹⁸ o perché essi sono differenti dalla confessione maggioritaria storicamente, politicamente e socialmente radicata nella Penisola italiana⁹⁹. Ad ogni modo, per le religioni diverse dalla cattolica – diverse, appunto, dalla confessione prevalente – la Costituzione ha previsto la legge sulla base di intese fra i rappresentanti statali e quelli di un dato ordine confessione (art. 8, comma 3, Cost.).

Va detto che, derivando da una fonte negoziata, tale genere di legge risulta atipica rispetto alla legislazione ordinaria, emanata unilateralmente dallo Stato. E questo perché la legge di derivazione bilaterale serve a soddisfare i peculiari bisogni delle religioni. Bisogni che, altrimenti, rischiano di essere compressi sotto il peso di una legge unilaterale, per sua natura fortemente generale e astratta, perciò meno incline nel dare risposta agli interessi specifici dei singoli gruppi confessionali. Motivo per cui questo tipo di normativa bilaterale si presta a costituire una *lex specialis*. O meglio, delle vere e proprie distinzioni legislative che, come tali, sono capaci di rispondere alle effettive diversità di esigenze fra una confessione e l'altra¹⁰⁰.

Questa qualità della legislazione bilaterale sembra tuttavia essere stata indebolita da un'applicazione dell'art. 8 (comma 3) Cost. monopolizzata dalla standardizzazione dei contenuti di tutte le intese (dodici per la precisione) tuttora vigenti. Si tratta del c.d. fenomeno degli accordi fotocopia, che ha riguardato anche le ultime sei intese approvate per legge fra la seconda metà del 2012 e la prima metà del 2016¹⁰¹. Ciò significa che, ancorché nella versione standardizzata, o forse proprio per questo, la legislazione bilaterale è stata fino ad ora lo strumento privilegiato nel nostro ordinamento per favorire la collaborazione fra Stato e confessioni, a cominciare da quelle tradizionalmente presenti sul territorio italiano. Il problema è che questo strumento deve oggi confrontarsi con la presenza di un cospicuo numero di diversamente credenti: di persone fedeli a religioni "altre" rispetto ai tradizionali modelli di espressione confessionale afferenti in primo luogo al ceppo giudaico-cristiano, vero e proprio motore del sistema della legislazione pattizia o, come dicono alcuni, della laicità concordata¹⁰².

Il risultato più evidente è che la concreta applicazione della legislazione bilaterale ha negli ultimi anni determinato non solo (e a volte non tanto) l'estensione

⁹⁸ Di qui il riferimento alla legislazione sui culti ammessi del 1929-30, tutt'ora vigente per le stragrande maggioranza delle confessioni presenti in Italia sprovviste di intesa di cui all'art. 8 (comma 3) Cost.

⁹⁹ Non a caso denominate "confessioni diversa dalla cattolica", secondo la formula di cui all'art. 8 (comma 2) Cost.

¹⁰⁰ Sul punto si veda F. ALICINO, *La legislazione sulla base di intesa. I test delle religioni "altre" e degli ateismi*, Cacucci, Bari, 2013, e alla bibliografia *ivi* pure riportata.

¹⁰¹ Quando è entrata in vigore la legge 28 giugno 2016, n. 130, riguardante *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione*.

¹⁰² A. FERRARI, *The Italian Accommodations. Liberal State and Religious freedom in the "Long Century"*, in L. DEROCHER-C. GELINAS-S. LEBEL-GRENIER-P.C. NOËL (eds.), *L'État canadien et la diversité culturelle et religieuse 1800-1914*, Presses de l'Université du Québec, Québec, 2009, 143-153.

delle garanzie costituzionali e il rispetto del diritto alla differenza delle religioni stipulanti, ma anche (e soprattutto) l'affermazione di status privilegiati, ritagliati sui desiderata di un ristretto gruppo di confessioni e non altre.

Registrata l'assenza di una legge unilaterale sulla libertà religiosa attuativa dei precetti costituzionali e per il superamento della legislazione fascista sui culti ammessi del 1929-30, tali status si sono in altre parole tramutati in irragionevoli distinzioni nei confronti delle confessioni terze, sprovviste d'intese. Distinzioni tanto più evidenti nel momento in cui la società italiana ridefinisce la sua conformazione, da religiosamente e culturalmente omogenea a policulturale e multiconfessionale. Di modo che quanto più le facoltà e i benefici stabiliti della legislazione bilaterale standardizzata¹⁰³ oltrepassano i confini del tradizionale schema bipolare (Chiesa cattolica/confessioni giudaico-cristiane), tanto più diventa importante il test di ragionevolezza sull'esclusione da tale benefici e da tali facoltà degli altri gruppi sociali: comunità cui afferiscono sia le persone credenti in religioni "altre" (come l'Islam) sia le persone che ricusano qualsiasi affiliazione di carattere confessionale (come gli atei o gli agnostici)¹⁰⁴.

Davanti a queste ultime considerazioni sembrerebbe riaffermarsi l'esigenza di un modello di laicità connotata da marcata separazione fra Stato e confessioni. Del resto, sostengo alcuni, al cospetto delle orrende stragi di questi ultimi mesi (stragi che mirano a distruggere i valori fondamentali delle nostre società, a cominciare dalla dignità della vita, dalla libertà e dei diritti umani), ora più che mai necessiterebbe l'esclusività della legislazione statale, magari con contenuti più securitari e comunque non contaminata da innesti collaborazionistici con le confessioni. A cominciare dai neo gruppi confessionali, tra i quali spiccano le organizzazioni islamiche. E dov'è allora il separatismo? Eccolo, si risponde, è in Francia. È nel Paese della gloriosa *laïcité de combat*, dove la legislazione è esclusivamente unilaterale e il fenomeno religioso è sostanzialmente privatizzato; considerato cioè dal punto di vista della libertà di coscienza e di religione del singolo individuo, non anche da quello dei soggetti collettivi religiosamente connotati.

Tanto più che in Francia le comunità confessionali sono spesso descritte come "totalità ermeneutiche", sigillate e internamente coerenti a una sola voce narrativa. Una visione che inevitabilmente porta a ottenebrare le pluralità di narrazioni e delle produzioni simboliche pure presenti nelle singole comunità di fede, a cominciare da quelle cui afferiscono cospicui insediamenti di popolazione immigrata.

¹⁰³ Benefici quali: l'accesso a sistema dell'otto per mille; l'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche; il riconoscimento pubblico dei ministri di culto; il riconoscimento degli effetti civili del matrimonio celebrato con rito religioso; ecc. ecc.

¹⁰⁴ Non a caso la questione dell'intesa, o meglio dell'avvio delle trattative per la stipulazione di una intesa, è stata di recente sottoposta all'attenzione della Corte costituzionale, la quale è intervenuta in merito con la sent. 10 marzo 2016, n. 52. Una sentenza che pone fine (perlomeno in Italia, essendo già stati annunciati ricorsi presso la Corte europea dei diritti dell'uomo) a una lunga diatriba giudiziaria avente come protagonisti la Presidenza del Consiglio dei Ministri (rappresentante per lo Stato per le trattative e la firma dell'accordo in questione) e l'Unione degli atei e degli agnostici razionalisti italiani (UAAR), i quali avevano chiesto (nel lontano 1996) la possibilità di avviare le trattative per la stipulazione di una intesa ex art. 8 (comma 3) Cost. Sul punto si veda F. ALICINO, *La bilateralità pattizia Stato-confessioni dopo la sentenza n. 52/2016 della corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2016.

Lo dimostra il modo con cui il legislatore francese ha affrontato la questione dei gruppi musulmani, questione strettamente connessa con – appunto – i fenomeni dell’immigrazione e della multiculturalità. Una problematica risolta per via legislativa e con il ricorso alle vecchie logiche dell’ordine pubblico, della separazione Stato-confessioni e dell’integrazione-assimilazione dei gruppi religiosi e dei loro aderenti ai valori universali repubblicani, compresi quelli che identificano e sostengono la *laïcité de combat*. Orbene, il risultato di questo modo di utilizzare la legge è per molti versi davvero sorprendente.

Lungi dall’agevolare il diritto alla differenza, in sede legislativa il principio di eguaglianza si è concretizzato in uno strumento quasi reazionario, teso alla conservazione dell’esistente e, di conseguenza, al continuo rifiuto (del velo nelle scuole, del *burqa* negli spazi urbani, della rilevanza giurisdizionale delle confessioni nel settore matrimoniale e familiare) di una versione aperta e inclusiva del principio di laicità. Questo tipo di leggi tendono infatti ad affermare non solo il principio di separazione del religioso dall’ordine civile e secolare, ma mira anche alla laicizzazione del fatto religioso, la sua neutralizzazione nello spazio pubblico. Uno spazio che deve essere mantenuto religiosamente “puro” e “bianco”; si pensi alla legge del 2004 che vieta di indossare simboli o segni religiosamente *ostensibles* nelle scuole pubbliche, per cui la neutralità degli arredi e dei muri scolastici invade anche la sfera delle singole persone ivi presenti anche in modo temporaneo. Si tratta quindi di uno spazio assolutamente neutro rispetto ai simboli religioni, ma che è fortemente “segnato” e “colorato” da emblemi repubblicani. Questi, invero, sono considerati come obiettivi assoluti che, come tali, vanno assimilati da tutti gli individui tanto più se immigrati e credenti in valori “altri”. Al punto che, per restare all’esempio della legge del 2004, entrando nelle aule della scuola pubblica francese le studentesse musulmane sono costrette a togliersi il velo. Sono cioè costrette a spogliarsi della loro differenza e personalità religiosa, dovendo le stesse essere assimilate a tutti gli altri studenti. Insomma, è come se in Francia la regola del *cuius regio, eius et religio* si fosse col tempo tramutata nella formula simmetrica del *cuius laicitas, eius et regio*, la cui attestazione passa necessariamente da un utilizzo pedagogico della legge, volta alla formazione dell’ideale *citoyen républicain*¹⁰⁵.

Ma tutto ciò significa anche che lo spazio pubblico è dominato da un’apparente indifferenza e neutralità della legislazione statale. Apparente perché, in fin dei conti, l’indifferenza si esplica solamente nei confronti delle culture religiose minoritarie, arrivando invece a spacciare come neutre quelle consentanee alla maggioranza della popolazione e alla storia della comunità di destino francese. Ed ecco spiegato perché in un sistema ordinamentale sì concepito è la legge stessa che finisce per assumere i tratti della militanza – *loi de combat*, si potrebbe dire – in quanto informata a valori a sé stanti e ostili, o quantomeno inaccoglienti, rispetto a quelli sponsorizzati dalle culture e dalle religioni “altre”¹⁰⁶.

Sta di fatto che questa rigidità, almeno per come viene predicata dal legislatore francese, non ha impedito le rivolte nelle *banlieue* né le stragi di Parigi del 2015.

¹⁰⁵ N. COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 17 ss.

¹⁰⁶ F. ALICINO, *L’invenzione del principio “supremo” di laicità*, in F. ALICINO-C. CIOTOLA, *Laicità in Europa / Laicità in Italia. Intersezioni simboliche*, Apes, Roma, 2012, 91-104.

Tanto quanto l'opposto modello "multiculturalista spinto" del Regno Unito non ha impedito nel 2011 i disordini nei quartieri periferici della capitale britannica né i sanguinosi attentati alla metropolitana di Londra di dieci anni or sono.

Una via alternativa a quella francese è infatti rappresentata dal modello multiculturalista inglese che, nelle sue forme più estreme, lungi dal sostenere l'integrazione-assimilazione dei gruppi alla cultura maggioritaria, arriva a prospettare la polverizzazione della legislazione statale e il riconoscimento della massima autonomia giurisdizionale ai soggetti comunitari, a cominciare da quelli religiosamente connotati. Se pertanto in Francia il riconoscimento in ambito civile delle regole e delle decisioni di origine e natura confessionale sono percepite come un'inaccettabile deroga alla potestà legislativa dello Stato e ai valori intangibili che lo sostengono, la prospettiva multiculturalista celebra invece l'assolutizzazione dello specifico comunitario. Ciò significa che in questa prospettiva le regole religiose o culturali possono esplicare la loro efficacia all'interno della sfera statale e con l'avvallo della legislazione nazionale.

Sicché, nella visione multiculturalista il matrimonio, per esempio, sarà assoggettato ai diritti religiosi, con la possibilità di combinarlo o di scioglierlo per ripudio del marito nella religione islamica e con il divieto di scioglierlo mediante il divorzio civile per quanto riguarda la confessione cattolica. Allo stesso modo, mediante il metodo degli arbitrati, i *Muslim Arbitration Tribunals*, o più informalmente le *Shari'a Councils*, potranno dirimere le controversie sorte in ambito familiare o addirittura fra vicini di casa attraverso l'applicazione della legge islamica, secondo l'interpretazione di una determinata "autorità" religiosa¹⁰⁷. Di modo che, se la *laïcité de combat* mira a superare le differenze, assimilandole all'interno di un sistema di valori repubblicani, il multiculturalismo le mette invece in risalto. Ne consegue un ordinamento composto da tanti ordinamenti a compartimenti stagni, ciascuno con principi propri, così come sperimentato secoli or sono dai *millet* di ottomana memoria¹⁰⁸. Né più e né meno che l'accettazione della feudalizzazione della legge, anche in materie coinvolgenti i diritti fondamentali.

D'altra parte, nell'impostazione estrema del multiculturalista il diritto e la legge presuppongono ed esprimono una volontà di potenza nietzschiana, segnata dal nichilismo e relativismo giuridico, che nega l'esistenza di principi e di realtà comunemente ammessi: non esiste una verità neutrale; ve ne sono tante e sempre caratterizzate in relazione a un momento storico, a un'esperienza determinata. Quando anche scritta nei codici, messa in mano a giudici, affidata agli studiosi, discussa dagli avvocati, la legge statale mantiene in altre parole la sua origine violenta, volta a eliminare le differenze di vedute. In questo modo, nelle forme più estreme, il multiculturalismo afferma che l'universalismo dei diritti non è giustificabile dalla

¹⁰⁷ Sul punto si veda F. ALICINO (a cura di), *Il costituzionalismo di fronte all'Islam. Giurisdizioni alternative nelle società multiculturali*, Bordeaux, Roma, 2016.

¹⁰⁸ M. WALZER, *On tolerance*, Yale University Press, New Haven, 1997, trad. it. a cura di R. RINI, *Sulla tolleranza*, Laterza, Bari-Roma, 1998, 24-27; R.H. DAVISON, *Reform in The Ottoman Empire 1856-1876*, Princeton University Press, Princeton, 1963, 12 ss.; F. PALERMO-J. WOELK, *Diritto Costituzionale Comparato dei Gruppi e delle Minoranze*, Cedam, Padova, 2008, 52 ss.; G.M. QUER, *Pluralismo e diritti delle minoranze. Il sistema del "millet"*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2010, 257 ss.

maggiore aderenza alla dignità umana, ma solo dal maggiore successo della sua affabulazione. Tanto vale allora riconoscere che le culture, a cominciare da quelle che fanno riferimento a credenze divine e sovranaturali, sono incommensurabili: per il multiculturalista è insensato escluderne una, facendo prevalere il punto di vista dell'altra. Sono tutte legittime. Sicché, la cultura, o meglio l'ideologia europea, quella cioè dell'*homo europaeus* rappresentante dell'umanità intera, è non meno delle altre una cultura olistica. Nel modello multiculturalista essa non può vantare maggiori titoli di legittimazione rispetto alle altre culture.

Ora, l'esito involontariamente ironico della tesi multiculturalista è, appunto, quello della incommensurabilità delle culture, della incomparabilità delle loro prospettive. Al punto che, se accettato, tale ragionamento confuta qualsiasi curiosità su come alcune culture e alcune regole si siano insediate in un determinato contesto territoriale. Basti sapere che ci sono, taglia corto il multiculturalista. Talché, per contrastare l'"Occidente missionario" e soprattutto il "fondamentalismo dei diritti umani", il multiculturalismo pecca a sua volta di essenzialismo e di fondamentalismo. Accetta le cose per come stanno, santificando il fatto compiuto. Lungi dal favorire l'apertura sulle diverse culture, questa visione finisce in breve per chiudere lo sguardo sul proprio ombelico, elevandolo a interpretazione del mondo.

Ma l'effetto più paradossale è dato dal fatto che il multiculturalismo estremo finisce per conferire un ruolo eccessivo e arbitrario ai portavoce delle varie religioni: persone e istituzioni che si sentono investiti del potere di parlare in nome di molti di più di quelli che possono realmente rappresentare e che, per questo motivo, cercano in tutti i modi di oscurare le sfumature, le pluralità, le contraddizioni e le trasformazioni interne a ciascuna organizzazione confessionale¹⁰⁹.

7. Eguaglianza e differenze. Alla ricerca di un laico e ragionevole compromesso.

Come si può notare, nonostante gli esiti e le prospettive contrapposte, i due modelli, quello multiculturalista e quello della laicità alla francese, partono da un medesimo presupposto: la staticità delle culture e delle religioni, viste come sistemi di senso rigidi, impenetrabili e compatti, che possono anche evolvere, ma senza oltrepassare i propri confini culturali e teologici. Senza cioè interagire con altri sistemi normativi.

Sicché, questi modi di concepire e trattare i vari fenomeni cultural-religiosi e di utilizzare lo strumento della legge portano a trasferire il principio di eguaglianza dal piano degli individui e dei valori omologanti della Stato (*laïcité de combat*) a quello dei singoli gruppi religiosi (multiculturalismo). Per dirla con parole più semplici, si passa da un utilizzo della legge per cui "tutti devono essere uguali" (*laïcité de combat*) a uno per cui "tutte le culture e le religioni sono eguali" (multiculturalismo). Sino al punto che, nelle forme più radicali, questi due modelli non trovano

¹⁰⁹ Come evidenziato, tra gli altri, da un documentario televisivo curato da J. CORBIN, *Secrets of Britain's Sharia Councils*, trasmesso il 22 aprile 2013 dalla britannica BBC e reperibile all'indirizzo <http://www.bbc.co.uk/programmes/b01rxfjt> (ultimo accesso 27 dicembre 2014).