

CRISI DEI DIRITTI UMANI E LIBERTÀ RELIGIOSA, IL CASO FRANCESE

Prof. Stefano TESTA BAPPENHEIM

*Ricercatore a tempo determinato in Diritto ecclesiastico e canonico
(IUS/11)*

*Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Camerino
stefano.testa-bappenheim@unicam.it*

ABSTRACT: Human rights crisis and religious freedom, the French case.

The contribution examines the French regulation of the use of religious symbols in public space in the evolution of the principle of secularism of the State.

Keywords: *secularism; religious symbols; French State; abaya.*

Sommario: I. Il nuovo fenotipo della difesa della *laïcité*: il divieto delle abaya a scuola – II. Le prime elaborazioni dottrinali sulla *laïcité* dello Stato – III. La Costituzione – IV. Applicazioni giurisprudenziali pratiche della normativa vigente – IV.1. La giurisprudenza costituzionale – IV.2. La giurisprudenza amministrativa – V. La legge del 2004 – VI. Conclusioni

I. Il nuovo fenotipo della difesa della *laïcité*, il divieto delle abaya a scuola.

Alla ripresa dell'anno scolastico 2023/2024, ecco che il Ministero dell'Educazione Nazionale, come anticipato dal Ministro, Gabriel Attal durante un'intervista televisiva a TF1¹, ha emanato una circolare che vieta d'indossare le abaya ed i qamis nelle scuole pubbliche².

1 <https://youtu.be/cPFqDRPQ3s8?t=374>

2 Note de service "Principe de *laïcité* à l'École. Respect des valeurs de la République", n. MENG2323654N, del 31 agosto 2023, in *Bulletin officiel de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports*, n. 32/2023, https://www.education.gouv.fr/sites/default/files/Bulletin_officiel_MENJS_2023_08_31_BO32-1694786007.pdf

Il provvedimento ricorda che la scuola della République ha la missione di formare cittadini liberi, sicché ogni allievo ha il diritto non solo di poter studiare, ma anche di formarsi uno spirito critico al riparo dal proselitismo: ciò è possibile grazie al principio di *laïcité*, che garantisce la neutralità della scuola e costituisce un principio cardine a protezione della libertà di coscienza:

Negli ultimi tempi, tuttavia, un aumento del numero di allieve indossanti le abaya s'è registrato in molte scuole, che si sono rivolte perciò al Ministero per avere indicazioni omogenee, essendo stati molti presidi incerti sulla possibilità di vietare nelle loro scuole le abaya, che non sono di per sé simboli religiosi.

Parigi risponde che ciò è irrilevante: ex art. L. 141-5-1 del Code de l'éducation³, infatti, sulla base della famosa legge 2004-228, del 15 marzo 2004⁴, vieta d'indossare anche quei capi d'abbigliamento che siano simbolo manifestamente ostentatorio, nell'ambito scolastico, d'un'appartenenza religiosa: per l'allieva che dovesse presentarsi a scuola con un tale abbigliamento, continua la circolare del 31 agosto 2023, è prevista una prima fase di confronto e dialogo col preside, che spiegherà le ragioni del divieto d'indossare abaya alla luce del principio costituzionale di *laïcité*, e tuttavia l'allieva che non volesse comunque rispettare tale divieto verrà fatta oggetto d'un provvedimento disciplinare, sulla base del decreto 2023-782, del 16 agosto 2023⁵, il quale inserisce nell'art. R. 421-10, comma 5, l'obbligo, per il preside, di avviare procedimenti disciplinari in una serie di casi ben previsti, fra cui, comma 5 lett. b), quando un'allieva commettesse un atto gravemente lesivo dei principi della République, specialmente al principio di *laïcité*.

Contro questa circolare l'Associazione *Action Droits de Musulmans* ha immediatamente proposto un ricorso *référé liberté*, previsto per i casi in cui si richieda al giudice amministrativo un provvedimento urgente contro un atto della Pubblica amministrazione che si ritenga abbia violato le libertà fondamentali del ricorrente in maniera grave ed illegale, ex artt. L511-1 ss., L521-1 ss., L522-1 ss. del *Code de la justice administrative*⁶.

3 https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071191/

4 <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000417977>

5 <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000047973978>

6 V. M. PONTICELLI, *Le juge du référé-liberté et la liberté de culte*, Dijon, 2017, pp. 23 ss.; O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté: étude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, Paris, 2007, pp. 82 ss.

I giudici di Palais Royal hanno però confermato la legittimità della circolare ministeriale⁷, basandosi sulla legge del 15 marzo 2004, ricordando ch'essa, in applicazione del principio di *laïcité*, dispone che nelle scuole pubbliche, d'ogni ordine e grado, sia rigorosamente vietato indossare simboli o capi d'abbigliamento (*tenues*) che palesino *ostensiblement* un'appartenenza religiosa, ciò che – se da un lato esclude i simboli religiosi *discrets* -, ricomprende nel divieto sia i simboli di per sé religiosi (velo islamico, kippà ebraica, croce cristiana di grandi dimensioni), sia quelli che, pur teoricamente neutrali, assumano un significato religioso in ragione del comportamento di chi li indossi (come, appunto, abaya e qamis).

Il Ministero dell'Educazione nazionale ha registrato, nel corso dell'ultimo anno scolastico, la crescente presenza nelle scuole di questi capi d'abbigliamento, utilizzati in una logica d'affermazione religiosa, e poiché essi certamente non possono essere considerati *discrets*, la circolare ministeriale contenente il divieto è perfettamente legittima, non costituendo altro che un'applicazione della legge del 2004, la quale non viola la libertà religiosa né altri diritti o libertà fondamentali, come confermato dalla stessa CEDU⁸.

Benché affiancata dalla l. 2010-1192, dell'11 ottobre 2010⁹, e dalla l. 2021-1109, del 24 agosto 2021¹⁰, dunque, è da rilevare sia la legge del 2004 ad essere, insieme al principio costituzionale di *laïcité* ed alla legge di Sepa-

7 CE, ordonnance del 7 settembre 2023, n. 487891.

8 CEDU, affaires Kervanci vs France, n. 31645/04, del 4 dicembre 2008, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90047>, e Dogru vs. France, 27058/05, del 4 dicembre 2008, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90038>, v. J.P. SCHOUPPE, *La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, 2015, pp. 184 ss.

9 Legge 2010-1192, dell'11 ottobre 2010, "interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public", in *JORF*, n. 237, del 12 ottobre 2010, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000022911670>, v. J. BERGERET, *La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, Dijon, 2011, pp. 30 ss.; P.H. PRELOT, *L'interdiction de la dissimulation du visage à la lumière du principe de laïcité*, in *Revue du droit des religions*, 2/2016, pp. 11 ss.; A. LEVADE, *La loi du 11 octobre 2010 au prisme du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel*, *ivi*, pp. 29 ss.

10 Legge 2021-1109 del 24 agosto 2021 "confortant le respect des principes de la République", in *JORF*, n. 197 del 25 agosto 2021, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000043964778>, v. J. ALIX, *La répression convoquée au soutien des principes de la République*, *ivi*, pp. 131 ss.; A. TIRA, *La legge francese n. 1109 del 24 agosto 2021 sul "rafforzamento del rispetto dei principi della Repubblica"*, in *statoechnie.it*, n. 16/2021.

razione del 1905, *l'ubi consistam* per queste limitazioni alla libertà religiosa (ove vi fosse il preciso precetto religioso d'indossare un dato simbolo) ed al diritto di manifestare la propria confessione religiosa.

Il principio di laicità è sancito dalla Costituzione francese: l'articolo 1 della Costituzione del 4 ottobre 1958 attualmente (dopo la riforma costituzionale del 2008) afferma che "la Francia è una Repubblica indivisibile, laica, democratica e sociale", ed il Conseil Constitutionnel ritiene, inoltre, che la laicità abbia un'identità incisa nelle tradizioni costituzionali francesi e che non sia messa in discussione dall'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹¹.

Allorché la libertà religiosa si trova ad affrontare sempre nuove sfide, portate dall'avvento del multiculturalismo e dall'aumento della secolarizzazione, pare opportuno approfondire la genesi storico-giuridica di questi pilastri dell'ordinamento giuridico francese, sia per ispirare la ricerca di nuove soluzioni, sia per fornire elementi di riflessione nel quadro dei dibattiti contemporanei sul senso e sul futuro della nozione di laicità degli Stati¹².

II. Le prime elaborazioni dottrinali sulla *laïcité* dello Stato.

Nella storia della Repubblica francese sarà la legge di Separazione del 1905 a consacrare definitivamente la nozione di *laïcité* come regola generale¹³:

11 Conseil Constitutionnel, Décision n. 2004-505-DC, del 19 novembre 2004, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004505DC.htm>; v. M. D'ARIENZO, *La "religione della laicità" nella Costituzione francese*, in P. BECCHI – V. PACILLO, *Sull'invocazione a Dio nella Costituzione federale e nelle Carte fondamentali europee*, Lugano, 2013, pp. 139 ss.; EADEM, *La laicità francese secondo Nicolas Sarkozy*, in *DeR*, 2008, pp. 257 ss.; P. VALDRINI, *La 'laicità positiva'. A proposito del discorso del Presidente Sarkozy al Laterano (20 dicembre 2007)*, in G. DALLA TORRE – C. MIRABELLI (a cura di), *Le sfide del diritto*, Soveria Mannelli, 2009, pp. 409 ss.; ID., *Il principio di laicità nel diritto francese. Neutralità dello Stato e libertà dei cittadini*, in *Ephemerides*, 2015, pp. 39 ss.; P.L. CONSORTI, *Dalla Francia una nuova idea di laicità per il nuovo anno*, in statoechiese.it, n. 1/2018, https://www.statoechiese.it/images/uploads/articoli_pdf/Consorti.M2_Dalla_Francia.pdf

12 S. MÜCKL, *Säkularer Staat und Religion. Zum staatskirchenrechtlichen Prinzip der Säkularität*, in G. ROBBERS, *Gelebte Wissenschaft. Geburtstagssymposium für Alexander Hollerbach zum 80. Geburtstag*, Berlin, 2012, pp. 35 ss.;

13 V. M. VOVELLE, *La Révolution française*, Paris, 1988, pp. 195 ss.; J. LE GOFF – R. RÉMOND (a cura di), *Histoire de la France religieuse, III, du roi très chrétien à la laïcité républicaine*,

essa è doppiamente decisiva nella storia della repubblica in Francia, dando concretezza legislativa ad un elemento centrale della teoria repubblicana dello Stato¹⁴; ma, oltre a questi aspetti teorici puri, la realizzazione della separazione è stato un avvenimento sociale e culturale di primissimo piano all'inizio del '900¹⁵.

A partire dal 1905, dunque, la laicità diventa un elemento fondamentale delle istituzioni repubblicane, ed è per questo che la portata della legge di separazione oltrepassa largamente il solo aspetto del diritto positivo: essa acquista ben presto lo status di simbolo della repubblica, di pilastro delle istituzioni francesi, d'elemento del Pantheon repubblicano.

Essa spesso è oggi vista come forse sempre meno compatibile con la nozione di pluralismo che sembra imporsi in Europa, e parte della dottrina sostiene la necessità d'una desacralizzazione della laicità e d'un suo adattamento alla modernità, per rispondere alle sfide religiose del momento, come la crescente diffusione dell'Islam¹⁶, da un lato, e del secolarismo più spinto, dall'altro¹⁷.

Paris, 2001, pp. 65 ss.; F. FURET, voce *Jacobinisme*, in F. FURET – M. OZOUF (a cura di), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, 1988; G. WEILL, *Histoire de l'idée laïque en France au XIX siècle*, Paris, 2004; J. LALOUETTE, *La séparation des Églises et de l'État, Genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Paris, 2005, pp. 250 ss.; O. FUMAGALLI CARULLI, «A Cesare ciò che è di Cesare a Dio ciò che è di Dio». Laicità dello Stato e libertà delle Chiese, Milano, 2007, pp. 131 ss.; O. CONDORELLI, *Le radici storiche del dualismo cristiano nella tradizione dottrinale cattolica: alcuni aspetti ed esempi*, in *DeR*, 2011, pp. 450 ss.

14 F. BUISSON, *La foi laïque*, Paris, 1918; C. NICOLET, *L'idée républicaine en France, 1789-1924*, Paris, 1994, pp. 52 ss.; M.C. BLAIS, *Au principe de la République*, Paris, 2000, pp. 81 ss.

15 D. GROS, *La République laïque*, in B. MATHIEU – M. VERPEAUX (a cura di), *La République en droit français*, Paris, 1996, pp. 103 ss.; J.B. TROTABAS, *La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain*, Paris, 1959, pp. 39 ss.; T. RAMBAUD, *Le principe de séparation des cultes et de l'État en droit public comparé*, Paris, 2004, pp. 55 ss.

16 V.J. MORANGE, *Peut-on réviser la loi de 1905?*, in *RFDA*, 2005, pp. 153 ss.; J.M. WOEHRLING, *L'interdiction pour l'État de reconnaître et de financer un culte. Quelle valeur juridique aujourd'hui?*, in *RDP*, 2006, pp. 1633 ss.; L. DELSENNE, *De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française*, *ivi*, 2005, pp. 427 ss.; J. ROBERT, *La fin de la laïcité?*, Paris, 2004, pp. 49 ss.; F. CHAMPION, *La laïcité n'est plus ce qu'elle était*, in *ASSR*, 2001, 116, pp. 41 ss.; J. BAUBEROT, *Vers un nouveau pacte laïque*, Paris, 1990, pp. 19 ss., ove l'Autore afferma che i principî della laicità sono a geometria variabile, in funzione dell'evoluzione del panorama religioso della Francia.

17 M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, 1916, pp. 91 ss.; ID., *Principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État avec les textes de la loi et des règlements d'administration publique*, Paris, 1906, pp. 39 ss.; A. ESMEIN, *Traité de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, 1915, pp. 1175 ss.; L. DUGUIT, *Le régime du*

Il periodo iniziale della legge è quello della massima difficoltà dell'attuazione giuridica della laicità dello Stato: dopo il 1905, la legge è minacciata dalla continuazione dei conflitti religiosi, fino al 1920, quando la separazione si radica definitivamente nelle istituzioni e nel diritto francesi, a favore d'una volontà convergente di pacificazione dello Stato e della Chiesa¹⁸, conseguente alle vicende belliche.

Negli anni '40 il periodo delle controversie religiose dovuto a motivi ideologici anticlericali si chiude, per riaprirsi agli inizi degli anni '90 a seguito dell'avvento del multiculturalismo e dell'avvento di nuove sfide religiose portate dall'Islam e da una sempre maggior laicizzazione¹⁹.

All'indomani della legge 1905 non esiste ancora nessuna dottrina giuridica sullo Stato laico, la riflessione si sviluppa negli anni seguenti; il dibattito giuridico, però, è fortemente influenzato dalle posizioni politiche e

culte catholique antérieur à la séparation et les causes juridiques de la séparation, Paris, 1907, passim; G. JÈZE, *Principes fondamentaux de droit administratif*, II, Paris, 1930, pp. 110 ss.; J. BARTHÉLEMY, *Précis de droit public*, Paris, 1937, pp. 59 ss.; R. SALEILLES, *Études de l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État*, in *RTDCiv*, 1906, pp. 847 ss.; ID., *Le régime juridique de la séparation*, in *RIC*, 1907, pp. 185 ss.; L. MICHOU, *Une organisation légale des associations cultuelles*, in *RIC*, 1906, pp. 247 ss.; J.C. JENOUVRIER, *Situation légale de l'Église catholique en France depuis la loi du 9 décembre 1905*, Paris, 1905, pp. 44 ss.; J. ESTANIER, *Aperçu général sur le statut de l'Église catholique en France depuis la séparation des Églises et de l'État*, Montpellier, 1912, pp. 69 ss.

18 È del 1945 la dichiarazione dell'Episcopato francese d'accettazione della laicità dello Stato in senso strettamente giuridico, mantenendo tutte le precedenti riserve verso il laicismo, fautore, secondo la dichiarazione, di una concezione materialista ed atea del mondo, e che intende sottrarre lo Stato da ogni morale superiore, v. J.P. COSTA – G. BEDOUELLE, *Les laïcités à la française*, Paris, 1998, pp. 12 ss.; J.P. SCOT, *L'État chez lui, l'Église chez elle, comprendre la loi de 1905*, Paris, 2005, pp. 89 ss.; J. GAUDEMET, *Le concordat dans la République laïque*, in *Ann. der. ecl. est.*, 1992, pp. 199 ss.; J.I. ARRIETA, *Le articolazioni delle istituzioni della Chiesa e i rapporti con le istituzioni politiche*, in *IE*, 2008, pp. 13 ss.

19 M.C. BLAIS, *Au principe de la république*, Gallimard, 2000, pp. 315 ss.; B. BASDEVANT, *Quelques étapes de l'anticléricalisme en France; aux origines de la laïcité à la française, État et Église en Europe occidentale (19°-20°s.) dans une perspective d'histoire administrative*, in *JEV*, 2002, pp. 21 ss.; L. LOEFFEL, *La question du fondement de la morale laïque sous la IIIe République, 1870-1914*, Paris, 2000; J.F. SPITZ, *Le moment républicain en France*, Paris, 2005; E. POULAT, *Liberté, laïcité, la guerre des deux France et le principe de la modernité*, Paris, 1987, pp. 116 ss. e 281 ss.; ID., *Les quatre étapes de la laïcité*, in *AA.VV., Nouveaux enjeux de la laïcité – Laïcité et débats d'aujourd'hui*, Paris, 1990, pp. 31 ss.

confessionali dei giuristi, che possono essere classificati in quattro gruppi²⁰: gli ostili, i critici, i favorevoli e gli entusiasti.

Alcuni giuristi repubblicani come Esmein, Jèze, Grunebaum-Ballin o Lévy-Ullmann sono molto favorevoli alla legge; Duguit, Joseph Barthélémy, Henri Barthélémy, Saleilles e Le Fur, giuristi cattolici, sono favorevoli; Hauriou e Michoud, parimenti cattolici, sono critici; mentre un gran numero di giuristi sempre cattolici è ostile: Taudière, de Lamarzelle, Biré, Ollivier, Crouzil²¹, Aymard-Duvernay.

L'elaborazione dottrinale sullo Stato laico, dunque, si trova a dover affrontare due grandi problematiche, all'indomani della legge del 1905: se la separazione sia accettabile per i cattolici, e come formulare giuridicamente la figura nuova dello Stato laico.

Rari sono i giuristi cattolici che non criticano severamente la legge di separazione, la maggior parte della produzione scientifica giuridica cattolica oppone alla separazione un'irricevibilità di fondo, basata sull'idea dell'utilità sociale della religione e sulla distinzione dei poteri temporale e spirituale²².

Secondo alcuni, la legge del 1905 disconosce la vera laicità dello Stato, che si sostanzia nella distinzione dei poteri temporale e spirituale, come è stata consacrata dalla Rivoluzione e poi dal Concordato²³, dando vita ad un sistema che non escludeva la collaborazione dei due poteri ed i punti di contatto fra le due 'sovranità'²⁴, ma soprattutto non ignorando l'utilità sociale della religione: essa è una necessità sociale di cui lo Stato non può disinteressarsi²⁵, sicché non è concepibile che il culto non sia più un servizio pubblico in un Paese a forte maggioranza cattolica²⁶, tanto più che lo Stato conserva e mantiene servizi pubblici che hanno pochissimi utenti, il

20 J.L. HALPÉRIN, *La représentation de la laïcité parmi les juristes français et étrangers*, in P. WEIL (a cura di), *Politiques de la laïcité au XXème siècle*, Paris, 2007, pp. 180 ss.

21 V.B. DAVID, *Les réactions de deux canonistes français à la Séparation*, in AA.VV., *Christianisme et politique dans le Tarn sous la Troisième République*, Toulouse, 2000, pp. 137 ss.

22 V. G. THÉRY, *Un catholique français peut-il être républicain?*, in *RCID*, 1909, 43, pp. 24 ss.

23 E. OLLIVIER, *Nouveau manuel de droit ecclésiastique français*, II, Paris, 1907, pp. 22 ss.

24 A. BIRÉ, *La séparation des Églises et de l'État, commentaire de la loi du 9 décembre 1905*, Paris, 1905, pp. 18 ss.

25 G. DE LAMARZELLE – H. TAUDIÈRE, *La séparation de l'Église et de l'État, commentaire théorique et pratique de la loi 9 décembre 1905*, Paris, 1906, pp. 21 ss.

26 Ivi, p. 24.

che legittimerebbe il mantenimento del servizio pubblico del culto che ha invece milioni di utenti²⁷.

Nonostante l'esistenza di atei od agnostici, infatti, il principio di solidarietà sociale esigerebbe che un bisogno così universalmente condiviso come la religione fosse mantenuto come servizio pubblico finanziato dallo Stato: in virtù della solidarietà sociale, infatti, ciascuno deve contribuire alle spese comuni senza domandarsi in che misura se ne potrà poi avvantaggiare personalmente; non vi sarebbe società, non vi sarebbe nazione se tutti volessero contribuire solo alle spese per cose di cui potranno beneficiare; il dovere del Governo consiste nel dare attenzione speciale alle necessità sociali che interessino il maggior numero di suoi cittadini, e chi potrebbe mai contestare l'universale importanza del bisogno religioso?²⁸

Parlando poi specificamente della Chiesa cattolica, lo Stato non può essere laico, cioè indifferente nei suoi confronti dal punto di vista giuridico, per l'argomento del debito perpetuo²⁹, che poggia sul decreto del 2 novembre 1789 della Costituente, sull'articolo 2 del titolo V della Costituzione del 3 settembre 1791 e sugli articoli 13 e 14 del concordato del 1801.

Nei primi mesi della Rivoluzione³⁰, infatti, la Costituente decise di nazionalizzare i beni della Chiesa cattolica e di venderne una parte per far fronte alle enormi spese sostenute dallo Stato, ed un decreto del 2 novembre 1789 prevedeva che tutte le spese della Chiesa cattolica sarebbero da lì in poi prese a carico dello Stato, cosa confermata dall'art. 2 del titolo V della Costituzione del 3 settembre 1791, e poi dagli articoli 13 e 14 del Concordato napoleonico.

Alcuni Autori traggono da questi elementi normativi un vero e proprio contratto sinallagmatico, che impedirebbe a priori la nascita d'uno Stato laico³¹, ma sono questi stessi Autori a riconoscere la debolezza giuridica di questi argomenti, tant'è vero che per confermare l'idea d'un debito per-

27 T. FERNEUIL, *La loi sur la Séparation, ses origines, sa portée, ses conséquences*, in RPP, 1905, pp. 225 ss.

28 J. GUIRAUD, *La séparation et les élections*, Paris, 1906, pp. 83 ss.

29 A. BIRE, *La séparation des églises et de l'état*, Paris, 1905, pp. 48 ss.

30 F. FURET, *La Constitution civile du clergé*, in *Dictionnaire critique de la Révolution française, institutions et créations*, Paris, 1992, pp. 207 ss.

31 L. CROUZIL, *Le Concordat de 1801, étude historique et juridique*, Paris, 1904; AA. VV., *Quarante ans de Séparation*, Paris, 1947, pp. 115 ss.; L. LE FUR, *Le problème de la séparation*, in RIC, 1906, pp. 312 ss.

petuo invocano spesso argomenti morali basati sull'equità o sul sentimento religioso della popolazione³², o sull'onestà, la lealtà e l'onore dello Stato³³.

Le critiche di una larga parte dei giuristi cattolici contro la legge di separazione non si limitano, però, alla ripresa di questi argomenti, ma la legge viene accusata di non poter essere laica, bensì anticattolica³⁴, e di non istaurare la laicità, bensì l'ateismo di Stato³⁵.

Il principale punto delle riflessioni dottrinali consiste nel dare fondamenti giuridici alla separazione ed allo Stato laico, dato che viene meno la dottrina concordataria, ed i giuristi debbono costruire ex nihilo una nozione giuridica di Stato laico, mostrando che la separazione fosse necessaria per garantire una protezione effettiva della libertà religiosa e formulando i legami fra laicità dello Stato, eguaglianza dei culti e libertà di coscienza e di religione.

Tre grandi tappe logiche possono essere distinte in questa produzione dottrinale: bisogna *in primis* mostrare che il legislatore potesse deliberare la separazione, poi approfondire l'importanza della separazione nel concetto di sovranità dello Stato repubblicano, infine spiegare i rapporti fra il principio di neutralità religiosa dello Stato e quello di libertà religiosa.

La dottrina inizia dal decreto 2 novembre 1789, qualificandolo come un testo di diritto pubblico con cui i costituenti rivoluzionari hanno decretato la sparizione della società dell'Ancien Régime e l'avvento della Nazione come unico principio di legittimità politica³⁶, e si può quindi proclamare lo Stato laico; il fatto che fosse stata scelta in precedenza un'altra strada non è un ostacolo alla decisione sovrana del Parlamento, dato che – e qui

32 J. GUIRAUD, *La séparation et les élections*, cit., pp. 115 ss.; E. OLLIVIER, *Nouveau manuel de droit ecclésiastique français*, cit., pp. 75 ss.

33 G. DE LAMARZELLE – H. TAUDIÈRE, *La séparation de l'Église et de l'état, commentaire théorique et pratique de la loi 9 décembre 1905*, cit., pp. 105 ss.

34 H. LUCIEN-BRUN, *Les associations cultuelles et l'exercice du culte*, in *RCID*, 1906, 36, pp. 436 ss.

35 A. BIRE, *La séparation des Églises et de l'État*, cit., pp. 41 ss.; P. BUREAU, *Quinze ans de séparation, étude sociale et documentaire sur la loi du 9 décembre 1905*, Paris, 1921, pp. 29 ss.; P. GRUNEBaum-BALLIN, *La séparation des Églises et de l'État, étude juridique*, Paris, 1905, p. 2.

36 M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, 1916, pp. 465 ss.; F. MOREAU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, 1917, pp. 509 ss.; J. BARTHÉLÉMY, *Précis de droit public*, Paris, 1937, pp. 56 ss.; P. GRUNEBaum-BALLIN, *La séparation des Églises et de l'État*, cit., pp. 62 ss.; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, V, Paris, 1925, pp. 527 ss.; A. ESMEIN, *Éléments du droit constitutionnel français et comparé*, Paris, 1914, pp. 1190 ss.

si invoca uno dei principî del diritto pubblico moderno formulati all'epoca della Rivoluzione – la volontà attuale della Nazione dev'essere preferita alle volontà passate: le generazioni future non possono essere vincolate dai governanti d'una certa epoca ad una determinata classificazione dello Stato verso le confessioni religiose, ogni generazione ha il potere imprescrittibile ed assoluto di rifiutare ogni status quo che non sia più conforme al suo ideale, i governanti d'un'epoca non potevano decidere che la Francia sarebbe stato sempre un Paese cattolico, il legislatore statale deve solo pensare a come rispondere ad un bisogno generale della popolazione, e se le autorità competenti decidono ad un certo punto che a questo bisogno si possa rispondere in un modo nuovo, più adatto alle condizioni sociali del momento, il giurista si deve inchinare a questa decisione del legislatore; chi politicamente pensasse che la nuova soluzione fosse sbagliata ha, in un Paese libero com'è la Francia, il diritto d'organizzarsi legalmente allo scopo d'influenzare l'opinione pubblica ed alle successive elezioni vedersi attribuito il potere di annullare i cambiamenti introdotti; ciò non è successo con le elezioni del 1906, che hanno anzi visto premiati i partiti che avevano introdotto la separazione, il che significa e dimostra che questa decisione era in sintonia con il sentimento popolare della Nazione³⁷.

Secondo altri Autori, invece, la legge del 1905 s'inserisce nella storia secolare dei rapporti difficili fra Stato e Chiesa cattolica: nel corso della propria storia, la Francia ha incontrato la volontà di dominio e le pretese universaliste di Roma, ed è stato necessario contrastare le teorie teocratiche che ponevano la Chiesa alla base di ogni legittimità politica, ed assoggettare il clero alla legge comune sopprimendone i privilegi³⁸.

L'indipendenza dello Stato è stata in parte guadagnata contro la Chiesa, e, quanto al concetto di sovranità, esso è nato in epoca moderna affrancandosi dalle questioni religiose, rendendole inoperanti per la definizione dei legami civili ed attribuendo allo Stato secolare il monopolio della creazione del diritto positivo³⁹.

Tuttavia, se l'idea d'una sovranità indivisibile, esclusivamente temporale e superiore alla Chiesa in ambito politico risale alla fine del XVI secolo, parte della dottrina ha interpretato la separazione nell'ottica della

37 G. JÈZE, *Principes généraux de droit administratif*, II, Paris, 1930, pp. 135 ss.;

38 J. LE GOFF (a cura di), *Histoire de France, la longue durée de l'État*, Paris, 2000, pp. 97 ss.; B. BOURDIN, *La genèse théologico-politique de l'État moderne*, Paris, 2004, pp. 51 ss.

39 V. O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, 1994, pp. 60 ss.

storia della costruzione dello Stato, inquadrando lo Stato laico come un perfezionamento della sovranità.

Esmein tratta della Separazione soprattutto nei suoi *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*; da fiero repubblicano, egli desidera una Repubblica forte, in cui la forza del suffragio universale sia canalizzata dai meccanismi del governo parlamentare e rappresentativo, permettendo allo Stato d'esercitare pienamente la sua sovranità ed autorità⁴⁰, e, in un tale contesto, sua preoccupazione centrale è rafforzare la sovranità dello Stato contro le ingerenze di autorità concorrenti, come la Chiesa.

Negli studi che dedica allo Stato laico, infatti, Esmein presenta la formazione dello Stato in Francia come un lungo processo di conquista della sovranità su poteri concorrenti, fra i quali *in primis* e soprattutto la Chiesa cattolica, che concepisce se stessa come potenza indipendente e universale, eguale se non superiore agli Stati per la sua natura spirituale.

Per tutto il Medioevo e l'Ancien Régime, dalla lotta per le investiture al Gallicanesimo, al Concordato, lo Stato ha contrastato le pretese della Chiesa e lentamente l'ha assoggettata al diritto comune⁴¹.

Questo processo non termina però con l'Ancien Régime, ma prosegue grazie al diritto concordatario, che ristabilisce il concetto di 'due sovranità', col quale la Chiesa è ancora un'autorità riconosciuta dallo Stato; allo stesso tempo, il XIX secolo ha consacrato la concentrazione di poteri nelle mani del Papa, che, dopo il Concilio Vaticano I, gode dell'infallibilità in materia di dogmi.

Scrivendo sull'enciclica *Gravissimo Officii*, Esmein rileva che nel XX secolo la Chiesa continua ad avere pretese di sovranità ed universalità⁴², mentre lo Stato laico rappresenta la vittoria della sovranità statale sulle pretese della Chiesa.

40 S. PINON, *Regard critique sur les leçons d'un 'maître' du droit constitutionnel, le cas Adhémar Esmein, 1848-1913*, in RDP, 2007, pp. 193 ss.; S. PINON – P.H. PRELOT, *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, 2009, pp. 119 ss.

41 A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, 1914, pp. 1179 ss. V. M. TROPER, *Sovereignty and laïcité*, in CLR, 30, 6, 2009, pp. 2561 ss.; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, 1962, pp. 75 ss.; M.-F. RENOUX-ZAGAME, *Du juge-prêtre au roi-idole. Droit divin et constitution de l'État dans la pensée juridique française à l'aube des temps modernes*, in J.L. THIREAU (a cura di), *Le droit entre laïcisation et néosacralisation*, Paris, 1997, pp. 142 ss.

42 ID., *La loi sur la séparation et l'encyclique Gravissimo*, in RPP, 1906, pp. 34 ss.

Nello Stato laico c'è solo una potenza legale, quella dello Stato, nessun'altra ha autorità politica e sovranità⁴³, lo Stato è la personificazione giuridica della nazione, e la nazione è il fondamento dell'autorità politica, la fonte della sua legittimità.

Ne consegue che lo Stato che la rappresenti ed operi per il bene comune dei cittadini non deve avere, riguardo a questi, nessuna autorità che gli sia né superiore, né pari: ciò che costituisce una Nazione, dice Esmein, è l'esistenza, in questa società formata da persone, di una autorità superiore alle volontà individuali, e questa autorità, che non può riconoscere nessun'altra autorità superiore o concorrente relativamente al rapporto con i cittadini, si chiama sovranità; essa è verso l'interno, e si traduce nel diritto a dare ordini a tutti i cittadini che compongono la nazione e a tutti quelli che risiedono sul territorio nazionale, ed è verso l'esterno, e si traduce nel diritto di rappresentare la nazione nei rapporti con le altre nazioni⁴⁴.

Sul piano pratico, questa sovranità si sostanzia nella protezione delle libertà pubbliche, dato che il principio di rispetto dello Stato per i diritti individuali determina l'esercizio della sovranità, perché vieta allo Stato di fare leggi che danneggino i diritti individuali, e gli impone di promulgarne invece altre che garantiscano il godimento di questi diritti⁴⁵.

D'altro orientamento è Maurice Hauriou: egli asserisce l'incompatibilità fondamentale fra i principî dello Stato laico e quelli della Chiesa, e riconosce che la Separazione segni la vittoria della sovranità dello Stato sulla Chiesa cattolica⁴⁶, ma trae da queste premesse conclusioni sulla sovranità diverse da quelle di Esmein.

Per Hauriou, infatti, la sovranità non è una delega del potere data dalla nazione ad una persona morale, ma è invece un potere minoritario, gestito dalle élites, cioè da persone che per competenze od altre caratteristiche abbiano per natura vocazione ad esercitare questo potere dello Stato che comprende l'esercizio della sovranità; in uno Stato democratico, la legittimità a questo governo delle élites non proviene dalla nozione astratta di nazione, ma dal consenso del popolo, che si esprime con le elezioni e si articola nel Parlamento.

43 ID., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé, cit.*, pp. 1182 ss.

44 *Ivi*, p. 11.

45 *Ivi*, pp. 30 ss.

46 L. SFEZ, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, 1966, pp. 29 ss.

Questo potere della sovranità dello Stato, per sua natura, ha caratteristiche di centralizzazione e di concentrazione, ed è destinato ad entrare inevitabilmente in conflitto con le potenze che, come la Chiesa cattolica, contestano la superiorità della sua sovranità: la Chiesa, dice Hauriou, è una specie di grande Stato internazionale che si contende con gli Stati nazionali una parte della popolazione: certamente essa la contende solo per interessi religiosi, ma gli interessi religiosi sono una cosa complessa, che si mescola volentieri con gli interessi temporali, e soprattutto a molti sembrano più importanti quelli di questi e, infine, la Chiesa pensandosi una società perfetta ha la tendenza a volersi occupare anche delle materie miste religioso-temporali⁴⁷.

Per questa ragione, a suo dire, la distinzione dei poteri spirituali e temporali è incompatibile con la sovranità dello Stato, gli interessi temporali sono troppo legati a quelli spirituali, non è facile distinguerli con esattezza e la Chiesa rivendica la competenza su tutte le materie possibili, perciò la separazione fra temporale e spirituale non può funzionare, è inevitabile lo scontro fra le due sovranità e la vittoria di una delle due⁴⁸.

La separazione ha permesso allo Stato d'essere vincitore in questo conflitto inevitabile, e comunque lo Stato laico non nega l'esistenza della Santa Sede, esso riconosce sempre la personalità internazionale del Vaticano, ma appunto nell'ambito degli affari esteri, non più in quelli interni della Francia⁴⁹.

Lo Stato laico è sinonimo di Stato pienamente sovrano, la Chiesa non è più un'autorità riconosciuta dallo Stato al proprio interno⁵⁰.

Da giurista cattolico, tuttavia, Hauriou auspica che questa vittoria dello Stato sulla Chiesa non porti alla sparizione di ogni traccia di spirito cristiano nello Stato laico, che, a suo dire, ha assolutamente bisogno del suo sostegno: lo Stato moderno, dice, è stato fatto da cristiani per dei cristiani⁵¹, e, pur essendo laico, non può ignorare la civilizzazione cristiana perché essa sola dà la superiorità morale che permette all'uomo moderno di far vivere le istituzioni democratiche: nei popoli moderni, infatti, le energie morali dell'anima sono state rinnovate dal Cristianesimo, che ha

47 ID., *Principes de droit public*, Paris, 1916, pp. 457 ss.

48 *Ivi*, pp. 461 ss.

49 *Ivi*, pp. 478 ss.

50 *Ivi*, pp. 482 ss.

51 *Ivi*, pp. 466 ss.

creato una nuova specie di uomini, che, malgrado i difetti e le debolezze, sono comunque d'un livello morale superiore, perché hanno più sincerità, più dignità, più umanità, più senso di giustizia, più carità e più spirito di sacrificio, più predisposizione a preferire il bene comune al proprio interesse, più amore per le leggi e per la patria, cioè tutto ciò che rende possibile e funzionante una democrazia⁵².

Posizione isolata in dottrina è rimasta quella di chi riteneva invece che la laicità fosse una caratteristica non giuridica dello Stato, ma politica, frutto degli scontri fra Governo repubblicano e Chiesa cattolica: lo scontro fra Repubblica e Chiesa non sarebbe uno scontro di principi, ma di persone⁵³.

La maggior parte dei costituzionalisti che affrontano la teoria dello Stato laico, invece, ritiene che questa nuova caratteristica non sia ridicibile a contingenze politiche, ma risponda invece a precise esigenze teoriche: la missione dello Stato laico diventa quella di limitarsi a regolare l'esercizio della libertà di coscienza e di culto, con l'ordine pubblico e la legge comune come solo limite.

Grazie all'art. 1 della legge di separazione, la libertà di coscienza e di culto acquisiscono un valore giuridico positivo, la legge del 1905 è la prima legge che definisca veramente la libertà di coscienza e di culto, e le inserisca nel diritto positivo⁵⁴, rendendole così dei diritti individuali altrettanto definiti del diritto di proprietà⁵⁵.

La libertà di culto diventa la chiave interpretativa per il giudice amministrativo, che deve sempre privilegiare, come aveva già detto lo stesso Aristide Briand⁵⁶, la soluzione più favorevole alle libertà di coscienza e di culto, che sono diventate così principi dottrinali per l'interpretazione della legge⁵⁷.

Le nozioni di libertà di coscienza e culto vedono ampliata la propria portata: nel XIX secolo, infatti, la libertà di coscienza veniva circoscritta all'ambito religioso, consistendo nel diritto di scegliere una religione speci-

52 Id., *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1929, pp. 143 ss.

53 H. BERTÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1920, pp. 266 ss.

54 F. MOREAU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, 1917, pp. 480 ss.

55 M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, 1916, pp. 468 ss.

56 A. BRIAND, *La séparation des Églises et de l'État, Rapport à la Chambre des députés*, Paris, 1905, pp. 280 ss.

57 M. HAURIOU, *Principes de droit public, cit.*, pp. 472 ss.

fica, mentre nel contesto dello Stato laico la libertà di coscienza abbraccia tutte le opzioni spirituali: credere, essere atei, essere agnostici⁵⁸.

La libertà di coscienza conquista così un contenuto giuridico preciso che abbisogna d'una protezione giuridica: mentre una parte minoritaria della dottrina vuole ricondurre questa libertà al foro interno⁵⁹, la dottrina maggioritaria ritiene che lo Stato laico non si debba limitare a rispettare la libertà di coscienza, ma debba attivamente assicurarla⁶⁰: la libertà di coscienza non implica solo il diritto di scegliere la propria religione o l'ateismo, ma anche il diritto di conservare la scelta segreta, ed ancora il diritto di rinviare all'infinito il momento della scelta⁶¹.

Ciò porta a fare della neutralità religiosa un elemento cardine della teoria generale dello Stato laico: la dottrina precedente alla separazione si basava sull'utilità sociale della religione: il culto è un bisogno generale come tutti gli altri, e come per gli altri bisogni non tutti i cittadini ne usufruiscono, ma esso deve comunque beneficiare d'un sostegno dello Stato sulla base del suo carattere di interesse generale e per il principio di solidarietà alla base della tassazione, secondo il quale tutti contribuiscono al finanziamento anche di quei servizi pubblici di cui non si avvarranno.

La dottrina successiva alla Separazione cambia prospettiva: la religione non può essere assimilata ai bisogni materiali che sono organizzati in servizio pubblico: contrariamente all'elettricità, al gas od ai trasporti, la religione attiene a questioni di coscienza che riguardano il carattere profondo dell'individuo, c'è quindi una specificità del fattore sociale religioso: mentre lo Stato può ritenere importante il servizio pubblico dell'elettricità, ad esempio, e quindi finanziarlo anche con le tasse di chi non se ne servisse, perché comunque finanziare la rete elettrica non è contrario alla libertà religiosa di nessuno, se lo Stato ritiene importante il fattore sociale religioso può urtare la libertà religiosa di chi fosse ateo⁶².

Nella teoria dello Stato laico viene così introdotta dalla dottrina francese una distinzione fra i bisogni materiali e quelli spirituali, per cui

58 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, V, Paris, 1925, pp. 449 ss.

59 A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, III, Paris, 1862, pagg. 35 ss.; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, V, Paris, 1925, pp. 450 ss.

60 J. BARTHÉLÉMY, *Précis de droit public*, Paris, 1937, pp. 229 ss.; M. HAURIOU, *Principes de droit public*, cit., pp. 466 ss.

61 J. CARBONNIER, CE, 9 luglio 1943, in *Recueil Dalloz*, 1944, J, 160 ss.

62 P. GRUNEBBAUM-BALLIN, *La séparation des Églises et de l'État*, cit., pp. 41 ss.

lo Stato laico deve mantenersi neutrale non solo rispetto al valore metafisico o dottrinale di questa o quella religione, ma anche al valore sociale e morale della religione stessa⁶³, vale a dire che lo Stato non nega il valore di questa o di quella confessione religiosa, ma non può proprio pronunciarsi sul valore in assoluto della religione⁶⁴, e dato che lo Stato non si può più esprimere sull'utilità sociale generale del fattore religioso, esso non può più essere considerato d'interesse generale, e può quindi essere espulso dallo spazio pubblico⁶⁵.

Lo Stato laico è quindi una società in cui la maggioranza dei componenti ha riconosciuto l'inconciliabile antagonismo delle varie opinioni individuali in ambito religioso, o più in generale metafisico, ed ha quindi deciso di regolare i rapporti dei cittadini fra di loro, e fra la collettività e ciascuno di essi, prescindendo completamente non solo dalle convinzioni religiose dell'uno o dell'altro, ma prescindendo dalla religione in assoluto⁶⁶.

Contro le opinioni di alcuni gruppi politici in Parlamento, come i radicali o i socialisti massimalisti, la dottrina tiene però anche a precisare che la teoria dello Stato laico non significa affatto Stato antireligioso: se la religione non è più considerata un interesse generale di tutta la Nazione, ciò non toglie che resti un interesse particolare d'un gruppo anche consistente di cittadini, ed ha perciò diritto a tutte le tutele previste dal diritto comune per gli interessi particolari⁶⁷; proprio perché, infatti, lo Stato laico prescinde dal fattore religioso, esso non può e non deve diventare antireligioso, e se non può esprimere una preferenza per una religione specifica o per la religione in generale, è però tenuto a garantire ai suoi cittadini il diritto di farlo⁶⁸.

63 P. BUREAU, *Quinze ans de séparation, cit.*, pp. 12 ss.

64 *Ivi*, pp. 17 ss.

65 *Ivi*, p. 19.

66 P. GRUNEBAUM-BALLIN, *La séparation des Églises et de l'État, cit.*, pagg. 21 ss.; T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, I, Paris, 1881, pp. 41 ss.; F. MOREAU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, 1917, pp. 43 ss.; A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, 1914, pp. 51 ss.

67 R. SALEILLES, *Le régime juridique de la Séparation*, in *RIC*, 1907, pp. 185 ss.

68 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, I, Paris, 1927, pp. 66 ss.; v. E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, Paris, 1972, pp. 44 ss.

III. La Costituzione

L'attuazione del principio di laicità è il frutto d'un lungo cammino, ma è soprattutto dopo la fine della IIa Guerra Mondiale che questo processo si rafforzerà, con l'iscrizione della *laïcité* nella Costituzione: essa fu elevata al rango di principio costituzionale, anche in omaggio agli ideali della Terza Repubblica.

Leggendo i resoconti dei dibattiti parlamentari del 1946 sulla Costituzione, infatti, emerge evidente la volontà di fare un ulteriore passo in avanti: quello della laicità costituzionale.

Nel primo progetto costituzionale del 19 aprile 1946, respinto per via referendaria il 5 maggio 1946, i costituenti, eletti il 21 ottobre dell'anno precedente, desideravano integrare una 'Dichiarazione dei diritti dell'uomo' come preambolo alla Costituzione, per meglio definire e garantire le libertà largamente compresse e violate durante il periodo dell'occupazione tedesca⁶⁹.

L'idea non era però quella di abrogare le Dichiarazioni precedenti, soprattutto non quella del 1789, ma invece di integrarle ed aggiornarle: i parlamentari riconoscevano che la Dichiarazione del 1789 aveva un valore universale, sicché la nuova dichiarazione di cui si discuteva avrebbe dovuto ricollegarsi a quella più antica, riprendendo nella sostanza i principî colà espressi, ma aggiornandoli.

La bozza pareva voler valorizzare più la libertà di coscienza, di valore universale, anziché la laicità dello Stato francese: la neutralità e la laicità dello Stato permettevano dunque di garantire le libertà, ed in particolare quella di coscienza: la libertà di coscienza era il vero fine, al servizio del quale era la laicità, che invece era solo un mezzo⁷⁰.

Questo principio di laicità era definito dalla neutralità dello Stato verso ogni credenza e ogni culto, più che per la Separazione, mentre invece

69 JO, *Assemblée nationale constituante*, 8 marzo 1946, pp. 630 ss.; v. G. JELLINEK, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Contribution à l'étude du droit constitutionnel moderne*, Paris, 1902, pp. 56 ss.

70 Art. 13 della bozza di Costituzione del 19 aprile 1946: "Nul ne peut être inquiété en raison de ses origines, de ses opinions ou croyances en matière religieuse, philosophique ou politique. La liberté de conscience et des cultes est reconnue par la neutralité de l'État à l'égard de toutes les croyances et de tous les cultes. Elle est garantie notamment par la séparation des Églises et de l'État, ainsi que par la laïcité des pouvoirs et de l'enseignement public", v. F. PUIG, *La dimensione giuridica del 'munus docendi' nelle origini della Chiesa*, in D. CITO – F. PUIG (a cura di), *Parola di Dio e Missione della Chiesa. Aspetti giuridici*, Milano, 2009, pp. 101 ss.

nella legge del 1905 era lo Stato ad assicurare le libertà di coscienza e di culto, ma anche l'eguaglianza dei cittadini.

Quest'osservazione sulla gerarchia dei due valori è confermata da un emendamento, respinto, che voleva aggiungere a quest'articolo la disposizione per cui la legge avrebbe punito ogni atto concreto, od anche di semplice propaganda, destinato a suscitare una discriminazione razziale o religiosa a danno d'una qualsiasi categoria della nazione: si vede bene come qui si volesse privilegiare la libertà religiosa, e non già la laicità.

Va sottolineato che l'art. 40 di questa bozza definiva la Repubblica come "indivisibile, democratica e sociale", ma non aggiungeva affatto anche "laica", soprattutto perché i Costituenti non riuscirono ad accordarsi sul significato concreto da attribuire a questa laicità.

A seguito della bocciatura del primo progetto, essi decisero di riprendere una parte rilevante del testo del 19 aprile 1946, e di precisarne meglio i dettagli e colmarne le lacune, soprattutto per alcuni diritti, principi o libertà, *in primis* sostituendo alla progettata nuova Dichiarazione universale un Preambolo.

I dibattiti della seconda Assemblea costituente, eletta il 2 giugno 1946, furono anch'essi assai accesi, ed ecco che l'aggettivo 'laico', e non il sostantivo 'laicità' compaiono a due riprese nella costituzione promulgata il 27 ottobre 1946: il preambolo, al XIII comma, precisa che l'insegnamento è laico, e infine l'articolo 1 della Costituzione afferma il carattere laico della Repubblica.

E tuttavia i Costituenti non avevano voluto, all'inizio, qualificare la repubblica come laica, quest'ultimo aggettivo fu aggiunto con un emendamento adottato in commissione con una astensione e nessun voto contrario⁷¹.

Ebbero allora luogo ampie discussioni sul senso da dare ai concetti di 'neutralità' e di 'laicità': per una parte dei partiti di destra, la neutralità era molto più ampia della laicità, e, soprattutto, priva di colorazioni politico-ideologiche; per altri, la laicità era sinonimo di tolleranza.

Il Presidente della Commissione per la Costituzione, André Philip, sottolineò che la laicità era qualcosa di più della neutralità, vale a dire non fosse solo distacco, inazione, assenza, ma costituisse una sorta di minimo comun denominatore di valori morali universali, condivisi al di là di ogni ideologia politica, al di là di ogni fede religiosa o dell'ateismo stesso: la lai-

71 JO, 2ème Assemblée nationale constituante, seconda seduta del 27 agosto 1946, pp. 3331 ss.

cità, infatti, non sarebbe stata altro che la coesistenza di tutte le dottrine, il rispetto di tutte le opinioni e di tutte le fedi⁷².

Sotto questo punto di vista, perciò, la laicità è più un'esigenza d'oggettività imposta allo Stato che non un principio d'organizzazione.

Maurice Schumann, presidente dell'MRP, durante i lavori della Seconda Assemblea Costituente completerà questa definizione di laicità, nella seduta del 3 settembre 1946, dicendo che in una democrazia non solo lo Stato, non solo la scuola, ma gli stessi partiti politici debbono essere laici, intendendo con ciò dire che debbono essere aperti agli uomini di ogni opinione filosofica e religiosa; ma, soprattutto, egli richiamerà l'attenzione sul fatto che l'introduzione nella Costituzione d'una nozione nuova, ma fondamentale, rendeva necessario definirla con assoluta chiarezza e precisione, per far sì che diventasse un fattore d'unione e non di divisione dei membri della comunità nazionale⁷³.

Proprio volendo favorire quest'assoluta chiarezza e precisione, infatti, Schumann si rifece ad una circolare emanata dall'allora Ministro della Sanità del Governo di Léon Blum⁷⁴, che precisava le condizioni in cui la libertà di pensiero dovesse essere assicurata ai malati ricoverati in ospedale: il Governo si atteneva nel modo più scrupoloso possibile alla dottrina classica della laicità ed al rispetto assoluto della libertà di coscienza.

La circolare inizia condannando ogni pressione economico-materiale per fare del proselitismo politico o religioso, stabilendo che nessun malato, qualunque filosofia esistenziale avesse seguito, non dovesse mai ed in nessun caso veder messe in discussione le proprie convinzioni personali, perciò il personale ospedaliero tutto doveva fare il massimo sforzo, compatibilmente con le esigenze del servizio sanitario, affinché nessun malato fosse mai e per nessuna ragione privato delle consolazioni spirituali alle quali avesse voluto ricorrere.

La circolare concludeva con una definizione di laicità, che, nel senso il più liberale possibile, era la regola fondamentale della società repubblicana: tendere a realizzare il massimo di pace e di ordine nella società in generale.

72 JO, 2ème Assemblée nationale constituante, seconda sessione del 29 agosto 1946, pp. 3426 ss.

73 *Ivi*, seconda seduta del 3 settembre 1946, pp. 3474 ss.

74 Del 12 giugno 1937, in JO, 17 giugno 1937, pp. 6776-7.

Se per i Costituenti non esisteva una definizione migliore di laicità negativa⁷⁵, dovevano comunque darne una di laicità positiva, sicché stabilirono che la laicità fosse la sovrana autonomia dello Stato nel suo ordine, il suo ruolo di regolatore unico di tutta l'attività politica, giudiziaria, amministrativa, fiscale, militare della società⁷⁶, sicché per laicità si deve intendere un obbligo da parte dello Stato a rifiutare le interferenze di "clan philosophico-politiques"⁷⁷ negli affari di Stato: la laicità dello Stato significa la sua indipendenza rispetto ad ogni autorità che non sia riconosciuta dall'insieme della Nazione, allo scopo di permettergli d'essere imparziale rispetto a ciascuno dei membri della comunità nazionale e di non favorirne questa o quella parte, ed uno Stato laico come la Francia, composto da persone che non hanno le medesime convinzioni filosofico-religiose, ha il dovere di permettere a ciascuno dei suoi cittadini di vivere secondo le esigenze della sua coscienza⁷⁸.

Da allora, la *laïcité* si incorpora nella neutralità dello Stato, e diventa una garanzia della libertà di coscienza: è questo, infine, il concetto di laicità che richiameranno i Costituenti del 1958.

Bisogna comunque constatare che la laicità è stata inserita facilmente nella Costituzione, senza che, però, il concetto venisse ben precisato⁷⁹: ciò ha contribuito a lasciarne indefiniti i contorni precisi, ma ha confermato comunque la nozione di laicità come indipendenza politica dello Stato nei confronti della religione, e non di ostilità verso di essa⁸⁰.

Due disposizioni, dunque, sono presenti nella Costituzione relativamente alla *laïcité*: l'articolo 1, che proclama come principio generale il fatto che la Francia sia una Repubblica laica, ed il Preambolo, che riafferma solennemente i diritti e le libertà dell'Uomo e del Cittadino consacrati dalla

75 JO, 2ème Assemblée nationale constituante, seconda sessione del 29 agosto 1946, pp. 3475 ss.

76 *Ivi*, p. 3476.

77 *Ivi*, 3477.

78 *Ivi*, 3478.

79 J.B. TROTABAS, *La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain*, Paris, 1961, pp. 12 ss.; M. BAZOCHE, *Le régime légal des cultes en France*, Paris, 1948, pp. 65 ss.; A. SAMMASSIMO, *L'amministrazione dei culti in Francia*, in *statochiese.it*, 30/2013.

80 R. CAPITANT, *Le droit constitutionnel non écrit*, in AA.VV., *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, III, Paris, 1977, pp. 191 ss.; B. MATHIEU, *La reconnaissance implicite d'un ordre public 'immatériel'*, in *SJ, EG*, 2010, 42, pp. 1017 ss.

Dichiarazione dei diritti del 1789 ed i principi fondamentali riconosciuto dalle leggi della Repubblica⁸¹.

Su queste basi, i Giudici delle supreme giurisdizioni, costituzionali, amministrative o giudiziarie, possono trarre da questi concetti generali nuovi principi, a condizione che siano rispettate tre condizioni: il nuovo principio dedotto deve risultare coerente con la tradizione giuridica omogenea, deve essere basato su una legge repubblicana, che dev'essere anteriore al 1946⁸².

Anche il Conseil d'État si è attribuito la facoltà di dedurre da tali principi⁸³, e nel 2001 ha stimato che fra essi rientrasse anche la laicità, il che può sembrare pleonastico, dato che la laicità è riconosciuta espressamente nella Costituzione stessa, ma ciò ha permesso al Conseil d'État di considerare che il principio costituzionale di laicità fosse anteriore alla Costituzione del 1946 e del 1958, le quali l'avrebbero solo riaffermato, e non già introdotto.

Nel 1946, dunque, la laicità è soprattutto costituita dalla neutralità e dalla libertà di coscienza, e non tanto dalla separazione fra Chiesa e Stato.

Secondo il Preambolo, infatti, il popolo francese risponde ai regimi che hanno tentato di degradare ed asservire la persona umana proclamando di nuovo che ogni essere umano, senza distinzione di razza, religione, convinzioni, è titolare di diritti inalienabili e sacri.

In ogni caso, comunque, la Costituzione del 1946 è rimasta molto sul generico quanto alla definizione di laicità, permettendo così molteplici interpretazioni: la laicità in senso giuridico concreto riposa ancora sulla legge del 1905, il che dimostra ancora una volta l'importanza di quest'ultima.

Le circostanze politiche generali in cui fu elaborata la Costituzione del 1958 erano tali da far sì che fra le priorità non rientrasse quella di definire meglio il concetto di Repubblica laica, sicché vennero ripresi i termini

81 J. FERRAND – H. PETIT, *Fondations et naissances des droits de l'homme*, Paris, 2003, pp. 100 ss.; R. DAVID – C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 2002, pp. 269 ss.; L. NAVARRO, *La libertad religiosa en la Convención europea de salvaguarda de los derechos del hombre*, in IC, 1983, pp. 779 ss.

82 Conseil Constitutionnel, sentenza 77-87 DC, del 23 novembre 1977, in AJDA, 1978, pp. 565 ss. V. M.C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française, essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris, 1994, pp. 258 ss.

83 CE, 6 aprile 2001, in AJDA, 2002, pp. 63 ss.

del 1946, lasciando inalterato il problema dell'incertezza sulla portata concreta del concetto⁸⁴.

Diverse correnti dottrinali si sono da allora sviluppate, spesso antitetiche fra loro.

Tanto la preparazione quanto l'adozione della Costituzione del 4 ottobre 1958 hanno caratteristiche specifiche rispetto ai precedenti testi fondamentali francesi, in particolare le due costituzioni repubblicane anteriori, cioè le leggi costituzionali del 1875 e la costituzione del 1946.

Il testo della nuova Costituzione venne scritto all'inizio molto rapidamente, in una segretezza quasi assoluta, seguendo un procedimento in cui il Governo ebbe un ruolo di primo piano.

L'elaborazione della nuova Costituzione iniziò con l'arrivo al potere del Generale de Gaulle come Presidente del Consiglio, il 1 giugno 1958; due giorni dopo è promulgata la legge costituzionale del 3 giugno 1958, che modifica l'art. 90 della Costituzione del 1946 e permette di elaborare un nuovo testo fondamentale.

Il Governo preparò immediatamente una bozza, la cui prima stesura fu terminata il 14 luglio, poi discussa dinanzi ai Ministri ed a de Gaulle.

La Costituzione del 1958 fu dunque elaborata in varie tappe, ma ciascuna di esse rimase relativamente segreta: le deliberazioni del Conseil d'État nella seconda metà dell'agosto 1958 furono oggetto di pari segretezza, tant'è vero che non vennero rese pubbliche⁸⁵.

Il testo finale fu adottato il 3 settembre dal Consiglio dei Ministri, poi approvato per referendum il 28 settembre con una maggioranza dell'80%, promulgato il 4 ottobre, pubblicato sullo Journal Officiel il 5⁸⁶.

Invece di scrivere una nuova Dichiarazione di diritti, si decise di proclamare l'attaccamento ai diritti dell'uomo ed ai principî della sovranità nazionale, come definiti dalla Dichiarazione del 1789, confermata e completata dal Preambolo della Costituzione del 1946, che venne richiamata

84 O. DORD, *L'affirmation du principe constitutionnel de laïcité*, in AA.VV., *Mélanges Troper*, Paris, 2006, pp. 407 ss.; F. MEJAN, *La laïcité de l'État en droit positif et en fait*, Paris, 1960, pp. 51 ss.

85 C. DEBBASCH, *La Constitution de la Ve République, pratique et jurisprudence*, Paris, 1999, pp. 109 ss.

86 H. MADELIN, *Laïcité incertaine*, in *Études*, gennaio 2004, pp. 5 ss.; R. RÉMOND, *Cent ans de laïcité française*, *ivi*, pp. 55 ss.; P.H. PRÉLOT, *Les religions et l'égalité en droit public français*, in *RDP*, 2001, n. 3, pp. 737 ss.

perché si temevano reazioni politiche se fosse stato tolto uno degli elementi del 1946⁸⁷, e le discussioni dinanzi al Conseil d'État erano nel medesimo senso: nessuno pensava a reintrodurre una religione di Stato, ma la soppressione del termine laicità avrebbe potuto creare molti problemi⁸⁸.

Nella Costituzione del 1958, perciò, la laicità è definitivamente annoverata fra i valori della Repubblica, dato che l'art. 2 riprende alla lettera l'art. 1 della Costituzione del 1946.

Tuttavia nemmeno questo testo costituzionale la definisce, né fa nessuna menzione del principio di separazione fra Chiesa e Stato, anzi, i culti non sono per nulla citati.

L'uso dell'aggettivo laico sembra allora aver silenziato la natura delle relazioni fra lo Stato e le Chiese a partire dall'inizio del secolo, quasi come se questa parola bastasse da sola ad evocare il pesante ricordo d'una storia tanto conflittuale; la laicità, peraltro, è costituita da un principio e da alcune eccezioni: il principio è quello della separazione del potere politico dalla religione, ma, non essendo una separazione rigida, sono ammesse delle deroghe, e se la laicità è uno degli elementi di definizione dello Stato, quest'elemento può essere un po' adattato in alcuni casi⁸⁹.

Il diritto costituzionale adotta il termine senza precisarne il significato, aprendo così la strada alla nascita, in dottrina, d'una concezione rigorosa della laicità e d'una concezione invece aperturista⁹⁰.

La norma contenuta nell'articolo 2 originale del 1958 è molto vaga: essa è relativa alla libertà di coscienza e di culto, ma non si limita alle religioni, essa porta ad interpretare la laicità nel senso della libertà religiosa e della neutralità dello Stato; è precisato però anche che la Repubblica rispetta tutte le convinzioni religiose, ed ogni rispetto implica un giudizio di valore positivo: rispettare non significa solo tollerare, o riconoscere, ma è anche manifestare una certa considerazione positiva⁹¹.

87 *Documents pour l'histoire de la Constitution du 4 octobre 1958*, II, Paris, 1988, pp. 117 ss.

88 *Ivi*, III, Paris, 1991, pp. 293 ss.

89 P. SÉGUR, *Le principe constitutionnel de laïcité*, in *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, 1996, pp. 117 ss.; J. BAUBEROT, voce *Laïcité*, in M. CANTO-SPERBER (a cura di), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, 2004.

90 V. A. BERGOUNIOUX, *La laïcité, valeur de la République*, in *Pouvoirs*, 1995, pp. 17 ss.

91 A.S. LAMINE, *La cohabitation des Dieux, pluralité religieuse et laïcité*, Paris, 2004,

Sarebbe allora necessario concepire la neutralità dello Stato come basata non sul rifiuto, ma sull'accettazione: da una neutralità negativa, che esclude ogni manifestazione religiosa dallo spazio pubblico, si passerebbe ad una neutralità positiva, che includerebbe le religioni nelle loro diversità.

La concisione delle disposizioni costituzionali manifesta comunque un riconoscimento della laicità nel testo stesso della Costituzione, anche se le implicazioni costituzionali di questa separazione rimangono aperte⁹².

Pertanto, data l'ambiguità del testo del 1958 sul concetto di laicità, inserito ma non spiegato, è necessario, come già col testo del 1946, basarsi su altri testi normativi, nella specie la legge del 1905, che torna ad essere centrale nella comprensione e nell'attuazione della laicità costituzionale.

Ma il testo del 1958 non si contenta di confermare il dettato del 1946 in materia di laicità, lo rafforza: dopo il 1995⁹³, infatti, la laicità non è più nell'articolo 2, ma nell'articolo 1, cosa che ha delle conseguenze precise, dato che secondo la dottrina ciò modifica tutta l'architettura della Costituzione e la sua lettura: l'articolo 1 non si trova in un titolo particolare, esso segue il preambolo e precede il titolo primo, esso è quindi la chiave di lettura di tutto il testo costituzionale, sicché tutte le istituzioni della Repubblica debbono rispondere ai caratteri d'uno Stato laico, a cominciare dal Presidente della Repubblica, essendo questi che deve assicurare il funzionamento regolare dei poteri pubblici; nello stesso senso, a proposito dell'articolo 4 e delle regole relative ai partiti politici, leggendole alla luce del principio di laicità dell'articolo 1 se ne potrebbe dedurre che quelli d'ordine religioso o basati essenzialmente su valori religiosi potrebbero non essere riconosciuti, o disciolti⁹⁴.

Si può in generale dire che la riorganizzazione degli articoli del testo costituzionale porta ad accentuare la portata della nozione di laïcité, ed è allora forse possibile procedere ad un'interpretazione del combinato disposto degli articoli 1 e 89 della Costituzione, vedendo la laicità come un elemento consustanziale alla forma repubblicana di governo, che non può essere oggetto di revisione.

La laicità è diventata dunque un elemento ontologico, sostanziale e fondamentale della forma repubblicana di governo, secondo una sche-

pp. 50 ss.; J. MYARD (a cura di), *La laïcité au coeur de la République*, Paris, 2004, pp. 89 ss.

92 V. F. DELAFAYE, *Laïcité de combat – laïcité de droit*, Paris, 1997, pp. 61 ss.

93 Loi constitutionnelle 95-880, del 4 agosto 1995, in *JO*, 181, 5 agosto 1995, pp. 11744 ss.

94 G. KOUBI, *La laïcité dans le texte de la Constitution*, in *RDP*, 1997, pp. 1301 ss.

matizzazione molto chiara, dato che l'art. 1 e l'art. 89 sono l'apertura e la chiusura della Costituzione.

L'insieme dell'attività di produzione legislativa e le procedure amministrative sono perciò subordinate al rispetto del principio di laicità, che è in effetti all'origine di una regola di diritto costituzionale, ed è sovraordinato agli altri principi, li struttura, li inquadra, li trascende⁹⁵.

La laicità è dunque diventata un attributo di diritto e della repubblica, essa serve da base alla repubblica, e la repubblica sposa i tratti caratteristici della laicità.

Da allora, si dice spesso che la laicità sarebbe una specificità nazionale, dal momento che la Francia sarebbe il solo Stato europeo, con la Turchia (che sembra però sulla via d'un deciso revirement su questo punto) ad avere la laicità iscritta in costituzione, tant'è vero che si parla ormai di *laïcité à la française*⁹⁶.

La dottrina costituzionalista francese è comunque sempre e tuttora divisa fra due scuole di pensiero opposte⁹⁷, che tentano d'interpretare o tradurre questo principio costituzionale in termini che sembra opportuno ricordare brevemente.

Un primo orientamento, definito laicista⁹⁸, concepisce la laicità nella sua definizione originale: la sfera religiosa e quella politico-statale sono rigorosamente separate.

Questa dottrina rifiuta ogni influenza, ogni dogmatismo delle Chiese sullo Stato, ed ovviamente viceversa.

La laicità si basa così su un non fare da parte dello Stato, ed è lo spirito che si richiama ai dibattiti della IIIa repubblica fra repubblicani e concordatari.

Parlando della non confessionalità dello Stato, poi, la dottrina che segue quest'interpretazione ritiene ch'esso debba restare estraneo alle questioni religiose, non interferire assolutamente nelle Chiese, che si tratti dei loro dogmi, dei loro riti, o della loro organizzazione.

La laicità è quindi non confessionalità dello Stato, libertà religiosa, indipendenza della Chiesa e dello Stato, delimitazione delle sfere di com-

95 *Ivi*, p. 1311.

96 EADEM, *Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et système religieux?*, in *JCP*, 1987, G, I, nn. 3292 ss.

97 G. DEFOIS, *La laïcité vue d'en face*, in *Pouvoirs*, 1995, 75, pp. 27 ss.

98 V. H. PENA-RUIZ, *Qu'est-ce que la laïcité?*, Paris, 2003; ID., *Dieu et Marianne, philosophie de la laïcité*, Paris, 2005.

petenza fatta dallo Stato, che definisce l'ordine pubblico: ogni competenza dello Stato in materia religiosa, e viceversa, rischierebbe di costituire una coercizione sulle coscienze, una causa di discordia nella Nazione⁹⁹.

Secondo questo punto di vista, allora, il fattore religioso è esterno allo Stato, si tratta d'una libertà riconosciuta ai cittadini nelle loro case e nei luoghi di culto¹⁰⁰, ma il fattore religioso deve essere assente dallo spazio pubblico¹⁰¹.

Questa dottrina laicista s'ispira alla linea di pensiero che va dalla Rivoluzione alla terza Repubblica: si tratta di separare nettamente la sfera religiosa da quella statale, e di impedire ogni ingerenza reciproca, ottenendo una separazione assoluta.

Una seconda linea di pensiero in dottrina sostiene la laïcité liberale: essa difende la libertà religiosa, ma in modo più pragmatico: l'idea di base è quella di permettere una maggior diversità, ed una maggior possibilità di manifestare le proprie convinzioni religiose.

È a partire da questa base di pensiero che è nata la teoria della laïcité aperta, evoluta, che si traduce essenzialmente nella rivendicazione d'un maggior rispetto del fattore religioso nello spazio pubblico, come la pubblica amministrazione e le scuole.

Questa linea di pensiero, giunge spesso a rimettere in discussione le modalità di applicazione della laïcité, ma non il principio in se stesso.

Secondo la dottrina aderente a questa teoria, infatti, la laïcité è una risposta al problema della conciliazione dei diritti di Dio e dell'uomo, e non è sufficiente dire che la laïcité significa tolleranza, rispetto delle differenze, e ch'essa è la traduzione filosofica della separazione fra Chiesa e Stato¹⁰².

È necessario un atteggiamento attivo, è necessaria una qualche forma di collaborazione fra le due sfere, dato che l'incontro fra religioni, pubblica amministrazione, imprese e spazio pubblico è inevitabile¹⁰³.

99 L. DE NAUROIS, *Le fondement philosophique et le régime juridique de la laïcité en droit français*, in AA.VV., *La laïcité*, Paris, 1960, pp. 247 ss.

100 ID., *Aux confins du droit public et du droit privé: la liberté religieuse*, in RTDC, 1962, pp. 241 ss.; J. MOURGEON, *Tolérance et règle de droit*, in *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, 1988, pp. 189 ss.; P. COULOMBEL, *Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État*, in RTDC, 1956, pp. 1 ss.

101 A. BERGOUNIOUX, *La laïcité, valeur de la République*, cit.; R. METZ, *Églises et État en France, situation juridique actuelle*, Paris, 1977, pp. 56 ss.

102 Y. MADIOT, *Le juge et la laïcité*, in *Pouvoirs*, 1995, pp. 73 ss.

103 J. RIVÉRO, *De l'idéologie à la règle de droit: la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative*, Paris, 1960, pp. 263 ss.

Il principio di laicità non si definisce quindi in opposizione alla religione, non è sinonimo di laicità *manu militari*, e la separazione non può essere totale, perché il fattore sociale religioso dev'essere preso in considerazione da parte dello Stato¹⁰⁴.

In questo quadro di conciliazione, lo Stato non procede all'espulsione della religione e dei suoi simboli dallo spazio pubblico, ma invece accoglie tutte le religioni ed i loro simboli, la laicità sarà allora sinonimo di libera espressione multiculturale e garanzia di pluralismo.

Così facendo, secondo questa corrente di pensiero, gli adepti della laicità la vedranno non come una divinità sanguinaria, ma come una realtà storica che si evolve, e che, in numerose occasioni, si è mostrata capace di trovare soluzioni all'avanguardia, per l'epoca, ed a riunire sensibilità diverse¹⁰⁵.

Essa è quindi un modo di vivere insieme, che può essere la base di un nuovo 'patto laico': lo Stato non può ignorare il fattore religioso, e deve permettergli l'accesso allo spazio pubblico¹⁰⁶.

A partire da quest'interpretazione aperturista della laicità ecco nascere un'altra concezione, quella di una laicità pluralista, o postmoderna¹⁰⁷.

È una linea di pensiero nata negli anni '90, dopo le controversie sul velo islamico.

Parte della dottrina ha allora contrapposto alla concezione laicista la nuova espressione di diritto alla differenza, che si giustificherebbe nella misura in cui le manifestazioni ed i simboli religiosi nello spazio pubblico non costituissero coercizione o proselitismo verso terzi, e dato che le controversie erano nate nelle scuole, viene avanzata l'idea che sarà poi ipotizzata in Germania dopo la vicenda del crocifisso: delegare ai consigli di classe la possibilità di autorizzare la manifestazione del fattore religioso nello spazio pubblico in quella classe¹⁰⁸.

104 ID., *La notion juridique de laïcité*, in *D. chr.*, 1949, 137. V. anche J. ROBERT, *La notion juridique de laïcité et sa valeur constitutionnelle*, in AA.VV., *Genèse et enjeux de la laïcité*, Colloque organisé par la Faculté de théologie protestante de Montpellier, Paris, 1990, pp. 89 ss.; R. RÉMOND, *Évolution de la notion de laïcité entre 1919 et 1939*, in AA.VV., *Tolérance et laïcité de la fin du Moyen Age à l'époque contemporaine*, Grenoble, 1959, IV, pp. 71 ss.

105 J. BAUBÉROT, *Les chantiers de la laïcité*, in RA, 1994, pp. 383 ss.

106 ID., *Vers un nouveau pacte laïque?*, Paris, 1990.

107 Z. ANSEUR, *Reflexions è propos des perspectives d'une laïcité postmoderne*, in RRJ, 2002, pp. 1723 ss.; A.J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation: cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, 1998, pp. 185 ss.; T. RAMBAUD, *Le principe de séparation des cultes et de l'État en droit public comparé*, Paris, 2004, pp. 361 ss.

108 G. KOUBI, *Le droit à la différence, un droit à l'indifférence?*, in RRJ, 1993, pp. 451 ss.

Il pluralismo rivendicato, essenzialmente in ambito scolastico, si spinge oltre la semplice tolleranza: esso permetterebbe di rimettere a nuovo il principio di laicità: la neutralità sarebbe un dovere dello Stato, mentre il pluralismo diventerebbe un obiettivo¹⁰⁹, e l'idea sarebbe quella di rimpiazzare piano piano la prima col secondo, giungendo sino al riconoscimento d'un pluralismo religioso giuridico che permetterebbe la coesistenza in seno alla società di diversi centri di produzione del diritto.

Questa linea di pensiero sarebbe ricca di conseguenze sulle applicazioni del principio di laicità: nel corso del XX secolo vi sono state forti discussioni dottrinali contro l'aperturismo al fattore religioso nello spazio pubblico¹¹⁰.

Ma la laicità si associa alla garanzia del pluralismo, e rappresenta una maniera di vivere insieme¹¹¹; non esiste la laicità-intollerante o la laicità-tollerante, la laicità mette costantemente in relazione un ordine giuridico unitario costituito dalla garanzia dei diritti dell'uomo e del loro godimento; la laicità prende vesti giuridiche perché essa è indivisibile, tutti gli spazi pubblici sono laici, ma di sicuro non sono antireligiosi, e non è nemmeno detto che debbano essere areligiosi: laicità significa che lo Stato non privilegia una corrente di pensiero politico, filosofico, etico o religioso, ma riconosce ai propri cittadini il diritto di manifestare anche nello spazio pubblico le loro personali adesioni a questo o a quello, sia come privati cittadini, sia per il tramite delle istituzioni locali elettive che sono le più vicine e le più adatte a raccoglierne i sentimenti, tanto più se espressi con simboli facenti parte del patrimonio storico-culturale della Francia, sempre a condizione che non sia mai fatto proselitismo o coercizione, dato che la laicità non si sostanzia a partire dal solo fattore religioso, e non può quindi vivere come espressione di antireligiosità¹¹².

109 Il pluralismo è stato riconosciuto come valore costituzionale dal Conseil d'État, sentenza 82-141 DC, del 27 luglio 1982, in *RDP*, 1983, pp. 33 ss.; v. A. ASHWORTH, *L'école républicaine*, in AA.VV., *Mélanges Jacques Robert – Libertés*, Paris, 1998, pp. 5 ss.

110 R. RÉMOND, *Le fait religieux dans la société française*, in *Administration*, n. spécial, "L'État et les cultes", n. 161, 1993, pp. 24 ss.; J. BAUBÉROT, *La laïcité française entre histoire et devenir*, *ivi*, pp. 111 ss.; J.P. WILLAIME, *Le religieux dans l'espace public*, in *Projet*, n. CCV, gennaio-marzo 1991, pp. 76 ss.

111 J.P. COSTA, *La conception française de la laïcité*, in AA.VV., *État et religion*, Paris, 2005, pp. 171 ss.

112 G. KOUBI, *Vers une déconstruction du principe de laïcité?*, in *RDP*, 2004, pp. 325 ss.

4. Applicazioni giurisprudenziali pratiche della normativa vigente

La dottrina è comprensibilmente lontana dall'unanimità per quanto riguarda il contenuto da dare a questo principio di laicità, e spesso è toccato alla giurisprudenza il compito di precisarne senso e portata.

La funzione di regolare la laicità, che come abbiamo visto è spettata al Conseil d'État dalla legge del 1905, è tuttora affidata alla magistratura, che si è adoperata spesso per definire meglio i contorni di questo principio.

Così, malgrado l'assenza d'una precisa definizione, le giurisdizioni amministrative o costituzionali l'hanno integrata nelle norme di riferimento calate nel caso concreto¹¹³.

4.1. La giurisprudenza costituzionale

Solo nel 2004, in effetti, il Conseil Constitutionnel si è occupato formalmente del principio di laicità: fu solamente quando venne chiamato a valutare il Trattato per la Costituzione europea che i giudici costituzionali hanno precisato il contenuto del concetto di laicità costituzionale.

In questa sentenza del 19 novembre 2004, infatti, il Conseil afferma che la libertà religiosa è un diritto di cui godono i cittadini, e non le Chiese, gli individui e non le confessioni religiose¹¹⁴.

La laicità s'oppone al fatto che chiunque possa esigere o ottenere dei diritti particolari che lo esonerassero dal rispetto della legge comune, a motivo di convinzioni o pratiche religiose.

Secondo il Conseil constitutionnel, il principio di laicità è la garanzia della libertà religiosa, ma al contempo può essere invocato allo scopo di limitarla, sicché la laicità si definisce giuridicamente come la subordinazione alla legge comune: il principio di laicità e quello d'eguaglianza davanti alla legge si oppongono all'ammissibilità di status particolari in favore d'una confessione religiosa o di un individuo in ragione della loro fede religiosa.

Dato che la laicità è consustanziale alla République, tutti debbono conformarvisi, il che porta al rispetto di regole comuni: se la laicità non è un diritto invocabile dai singoli, essa resta un principio d'organizzazione dello Stato, come l'indivisibilità¹¹⁵.

113 O. DORD, *L'affirmation du principe constitutionnel de laïcité*, in AA.VV., *Mélanges Troper*, Paris, 2006, pp. 407 ss.

114 Sentenza 2004-505 DC, in AJDA, 2004, pp. 2248 ss.

115 A. ONDOUA, *Le service public à l'épreuve de la laïcité: à propos de la neutralité re-*

4.2. La giurisprudenza amministrativa

La concretizzazione della laicità è essenzialmente opera del giudice amministrativo, che dapprima ha precisato i testi esprimenti quel principio, poi l'ha definitivamente ancorato nell'ordinamento giuridico, e poi, sempre richiamandosi alla lettera ed allo spirito della legge del 1905, ecco il Conseil d'État che ha dato la propria interpretazione del concetto di laicità, influenzando così il legislatore¹¹⁶.

Quest'ultimo, in effetti, ha spesso fatto ricorso al giudice amministrativo allo scopo non solo di determinare il contenuto del principio di laicità, ma anche di precisarne i contorni: ciò è accaduto soprattutto in ambito scolastico, ma anche a proposito della pubblica amministrazione.

È vero che i legami fra laicità e neutralità non sono facili da definire, ma è altrettanto vero che il Conseil d'État è progressivamente diventato l'interprete della laicità costituzionale, come già lo era stato della legge del 1905.

In un primo momento, il Conseil d'État aveva detto che la laicità fosse il frutto della separazione fra Stato e Chiese: nel 1969, infatti, afferma che laicità e neutralità sarebbero un unico principio, di valore costituzionale dopo la Costituzione del 1946, che qualificava in tal senso la Repubblica all'articolo 1.

Questa definizione aveva lo scopo di riaffermare il principio di separazione fra Chiesa e Stato, principio che, ripreso dalla Costituzione del 1958, non implica l'esistenza d'una dottrina in materia religiosa che lo Stato faccia propria, né in senso filoreligioso né in senso antireligioso; esso significa semplicemente che la Costituzione riprende i termini della legge del 1905, ma lo Stato, se non sostiene nessuna confessione religiosa, tuttavia accetta e sostiene il fattore religioso come espressione del sentimento popolare¹¹⁷.

È dunque la via liberale quella scelta dal Conseil d'État, che all'uopo cita espressamente la parole di Aristide Briand nel suo rapporto alla Camera riguardo alla legge del 1905: ogni volta in cui l'interesse d'ordine pubbli-

ligieuse dans les services publics, in *DA*, 12, dicembre 2008, pp. 11 ss.; J. SAYAH, *La laïcité réaffirmée*, in *RDP*, 4, 2006, pp. 915 ss.

116 B. BASDEVANT, *Le Conseil d'État et les questions religieuses au XIXe siècle*, in *RA*, 1999/2, pp. 16 ss.; C. DE SALINS, *Le juge administratif et la liberté de religion*, in *RFDA*, 2003, pp. 1053 ss.

117 CE, 7 marzo 1969, in *Recueil Dalloz*, 1969, 141 ss.

co non potrà essere legittimamente invocato, il giudice dovrà scegliere la soluzione liberale, cioè quella più rispondente alla tutela del sentimento religioso del singolo cittadino¹¹⁸.

Vi sono state e vi sono tuttora grandi incertezze sulle applicazioni concrete della *laïcité*, ed è per questo che s'è sviluppata una giurisprudenza al riguardo, indubbiamente copiosa, non sempre univoca e coerente, come intendiamo dimostrare.

La laicità nella pubblica amministrazione viene fatta discendere ancora una volta dalla legge del 1905, a dimostrazione della sua importanza, e precisamente dal suo articolo 2: la Repubblica non riconosce, non stipendia e non sovvenziona nessuna religione, ciò che per la dottrina si sostanzia in una *fictio ignorantiae*: lo Stato non sa, non deve sapere, non vuole sapere¹¹⁹, sicché non deve solo essere rigorosamente neutrale, ma anche apparire tale, imponendo questa stessa neutralità ai dipendenti pubblici¹²⁰.

La legge del 1905 ha abrogato la categoria dei culti riconosciuti, e lo Stato laico assicura perciò a tutti la libertà di coscienza, di credere, di non credere: la legge del 1905 pone il principio di eguaglianza fra tutti i culti, e lo Stato, che è il garante della libertà religiosa, deve proteggere tutti i culti da ogni forma di discriminazione¹²¹; questi, dal canto loro, sono sottoposti al diritto comune¹²² in condizione di eguaglianza¹²³.

Quest'eguaglianza è stata tradotta sul piano pratico dalla giurisprudenza del Conseil d'État e dalla dottrina¹²⁴.

Le esigenze della pubblica amministrazione possono determinare la necessità di qualche compromesso fra la *laïcité* dello Stato e degli Uffici pubblici e la libertà religiosa del personale e degli utenti, cercando di contemperare l'interesse al buon funzionamento del servizio pubblico¹²⁵ e

118 A. BRIAND, *La séparation des Églises et de l'État, Rapport à la Chambre des députés, cit.*, pp. 266 ss.

119 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1907, pp. 844 ss.

120 C. VIMBERT, *La tradition républicaine en droit public français*, Paris, 1992, pp. 77 ss.

121 B. DUBJADOUX, *Droit à la différence en droit public français*, Lille, 2003, pp. 74 ss.

122 Contra: M. HUNTER-HENIN, *Pour une définition du statut personnel*, Aix-Marseille, 2004, pp. 120 ss.; AA.VV., *Nationalité et citoyenneté, perspectives de droit public comparé*, Bruxelles, 2012, pp. 58 ss.; G. NORIEL, *À quoi sert l'identité nationale?*, Marseille, 2007, pp. 32 ss.

123 P. ROSANVALLON, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, 1993, pp. 94 ss.

124 L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Paris, 1957, pp. 16 ss.; G. KOUBI, *Des propositions de loi relatives à la laïcité dans les établissements publics scolaires...*, in RRJ-DP, 1998, pp. 577 ss.

125 V. A. BALDOUS, *L'intérêt du service dans le droit de la fonction publique*, in RDP, 1985, pp. 910 ss.

quelli dei singoli individui: in uno Stato laico, infatti, l'interesse pubblico collettivo non ha e non deve avere nessuna connotazione religiosa, senza considerazione per le opinioni religiose dei dipendenti pubblici né per quelle degli utenti¹²⁶, e lo stesso Conseil constitutionnel ha stabilito che fra i principî fondamentali della pubblica amministrazione vi siano quello d'eguaglianza e quello di neutralità¹²⁷, e che quest'ultimo faccia parte anche dei principî costituzionali che regolano la pubblica amministrazione¹²⁸.

Se il principio teorico è chiaro, però, resta incerta la sua applicazione pratica, anche perché non sono ammesse eccezioni, dato che il principio di laicità dello Stato e la neutralità della pubblica amministrazione sono d'applicazione generale¹²⁹.

5. La legge del 2004

La legge de qua fu promulgata dopo una lunga discussione pubblica sul significato della *laïcité* e sul fatto d'indossare il velo islamico a scuola, anche tenendo conto del gran numero di contenziosi nati in sede amministrativa, in seguito ai quali il Ministro per l'Educazione Nazionale aveva chiesto un parere preventivo al Conseil d'État sulla legittimità d'un eventuale divieto generale d'indossare il velo nelle scuole, ma la suprema magistratura amministrativa aveva risposto che una tale proibizione sarebbe stata ammissibile solo a certe condizioni¹³⁰: il dies a quo è il 27 novembre 1989, data in cui il Conseil d'État si pronunzia con un parere consultivo sulla legittimità del divieto, all'epoca contenuto solo nei regolamenti scolastici, d'indossare simboli religiosi nelle scuole pubbliche in nome della *laïcité*.

Il Conseil d'État interviene dietro richiesta dell'allora Ministro dell'Educazione Nazionale, Jospin, che voleva così porre fine ad un dibattito politico e giuridico che si stava trascinando da mesi, ovvero da quando tre

126 J. BARTHÉLEMY, *La liberté de religion et le service public*, in *RFDA*, 2003, pp. 1064 ss.

127 CC, sentenza 86-217 DC, del 18 settembre 1986, in *AJDA*, 1987, pp. 101 ss. V. P. LEGATTE, *Le principe d'équité, défendre le citoyen face à l'administration*, Paris, 1992, pp. 81 ss.; R. GROSSMANN – F. MICLO, *La République minoritaire, contre le communautarisme*, Paris, 2002, pp. 59 ss. Contra: W.B. MICHAELS, *La diversité contre l'égalité*, Paris, 2009, pp. 60 ss.

128 CC, sentenza 96-380 DC, del 23 luglio 1996, *ivi*, 1997, pp. 15 ss.

129 G. KOUBI, *Nota a CE*, parere del 3 maggio 2000, in *Recueil Dalloz*, 2000, pp. 746 ss.

130 V. GUNN, in *BYULR*, 2004, pp. 419 ss.; VIOLA, in *RRJ*, 2004, pp. 1453 ss.

scolare che indossavano il velo islamico vennero, per questo solo motivo ed ex abrupto, dapprima sospese dalla loro scuola, e successivamente, a seguito del conflitto deflagratosi in quella classe e con la direzione di quella scuola, definitivamente espulse¹³¹.

Il Ministro Jospin chiese al Conseil d'État di valutare se simboli od abbigliamento religioso indossati nelle scuole pubbliche violassero o meno il principio costituzionale di laicità dello Stato, e fosse perciò permesso vietarli in via generale ed assoluta.

Il Consiglio di Stato gli rispose negativamente¹³², sviluppando nella risposta un'ampia dissertazione sul principio di laicità, concludendo che, relativamente alle scuole pubbliche, esso prescriveva che le lezioni dovessero essere tenute nel più rigoroso rispetto sia del principio di neutralità religiosa dal punto di vista dei contenuti, sia della libertà religiosa degli scolari.

La laicità, secondo il Conseil d'État, non consisteva nel vietare agli studenti la libertà di manifestare la propria fede religiosa anche nella scuola, anzi, il principio di laicità implicava proprio al contrario la possibilità per ciascuno studente di manifestare la propria religione: l'insegnamento è laico non perché vieta l'espressione delle differenti convinzioni religiose, ma, al contrario, perché le tollera tutte¹³³; sicché il Conseil d'État conclude che il semplice fatto che gli scolari vogliano indossare simboli che manifestassero apertamente la loro appartenenza ad una data religione non costituirebbe di per sé una violazione del principio di laicità, essendo esercizio della libertà d'espressione, a condizione che l'indossare questi simboli non dia luogo ad atti di pressione, di provocazione, di proselitismo o di propaganda, o non violi la dignità o la libertà dello scolaro che li indossa o di altri componenti della comunità scolastica, non metta in pericolo la loro salute o la loro sicurezza, non ostacoli il normale svolgimento delle lezioni¹³⁴.

Il Conseil d'État, dunque, riafferma l'importanza del concetto di libertà religiosa, che non può essere limitata sic et simpliciter dal principio di laicità dello Stato: indossare simboli o indumenti religiosi è fonamen-

131 Cfr. MCGOLDRICK, *Human Rights and Religion, the Islamic headscarf debate in Europe*, Oxford, 2006, pp. 65 ss.

132 CE, parere consultivo, 27 novembre 1989, in *RFDA*, 1990, pp. 6 ss.

133 KESSLER, in *RFDA*, 1993, pp. 112 ss.; cfr. DUBOURG – LAVROFF, in *RFDC*, 1997, pp. 269 ss.

134 CE, parere consultivo, 27 novembre 1989, cit., p. 8.

talmente e generalmente permesso, quantunque possa essere limitato in presenza di particolari circostanze, riconducibili a due categorie: nella prima rientra l'ordre public, vale a dire la tutela delle attività didattiche, della tranquillità della scuola e del funzionamento della Pubblica Amministrazione; nella seconda i diritti fondamentali di terzi, che vanno preservati da attività provocatorie, di proselitismo o di propaganda.

In che modo, però, si potrebbero configurare questi requisiti, poi lasciati cadere dalla successiva giurisprudenza?

Il Conseil d'État parla, in primis, di proselitismo: lo stesso velo islamico, che viene considerato il simbolo ostantatorio per antonomasia, in realtà non lo è necessariamente, né per la dottrina¹³⁵, né per la giurisprudenza del CE, giacché il velo non può essere visto come un simbolo avente di per sé un carattere ostantatorio o rivendicativo, né si può dire che il solo fatto d'indossarlo costituisca automaticamente un atto di proselitismo o di pressione¹³⁶: nei giudizi successivi, infatti, vengono confermati i provvedimenti di espulsione relativi a ragazze musulmane che cercavano di fare proselitismo, ed annullati quelli relativi a quelle che indossavano semplicemente il velo¹³⁷.

L'altro presupposto indicato dal CE come necessario per consentire il divieto del velo è il turbamento della tranquillità della scuola od anche solo delle lezioni: nel primo caso di sospensione avvalorato dal Conseil d'État per questo motivo, infatti, v'era il padre dell'allieva, inizialmente invitata informalmente a non indossare il velo, che aveva iniziato una quotidiana dimostrazione pro-velo all'ingresso della scuola¹³⁸; questo comportamento può facilmente essere qualificato come di proselitismo attivo, tuttavia notiamo come il CE abbia addebitato alla figlia le azioni del padre, sicché, in difesa del principio di laicità, sembrerebbe sia stato accantonato quello della responsabilità personale¹³⁹: la problematica, che non è sfuggita alla dottrina, venne risolta dal Commissario governativo

135 GROMITSARIS, in *AÖR*, 1996, pp. 359 ss.; DEFFAINS, in *RTDHomme*, 1998, pp. 201 ss.; ANSEUR, *ivi*, 2001, pp. 77 ss.; MORENA, in *AJDA*, 2000, pp. 166 ss.

136 CE, 20 maggio 1996; CE, 9 ottobre 1996; CE, 27 novembre 1996, in *JCP/G*, II, 22808, 138; CE, 20 ottobre 1999, in *AJDA*, 2000, pp. 165 ss. Conforme TA Clermont Ferrand, 6 aprile 1995, in *PA*, 18 agosto 1995, pp. 15 ss.

137 CE, 10 luglio 1995, in *AJDA*, 1995, pp. 647 ss.; CE, 2 aprile 1997.

138 CE, 20 marzo 1995, in *AJDA*, 1995, pp. 335 ss.

139 KOUBI, in *D.*, 1995, pp. 366 ss.; DEFFAINS, in *RTDH*, 1998, pp. 201 ss.

sulla base d'un legame sostanziale: la dimostrazione del padre pro-velo era originata dal velo che la figlia indossava, ed eccola dunque corresponsabile, quantunque in forma passiva, secondo il concetto di 'responsabilità iniziale'¹⁴⁰.

In due sentenze successive, in cui oggetto del contendere era il velo indossato durante le lezioni di ginnastica, il CE introduce il concetto di 'capacità di disturbo intrinseca e potenziale' del velo: le due allieve non svolgevano nessuna opera di proselitismo o di propaganda, ma il solo fatto di vederle col velo durante le lezioni di ginnastica distraeva il resto della classe, disturbando così il regolare svolgimento della lezione¹⁴¹.

L'orientamento via via sempre più rigoroso del CE può essere spiegato in nome del principio di *laïcité*?

Esso, in realtà, ha qui un ruolo (almeno formalmente) invero assai circoscritto e limitato: il CE non pone mai, nelle sentenze ricordate, il principio di *laïcité* come fondamento delle proprie decisioni¹⁴².

L'infiammarsi della discussione nell'opinione pubblica, però, indusse il Presidente Chirac ad istituire, il 3 luglio 2003, una commissione di studio sull'applicazione del principio di laicità in Francia¹⁴³, che diventerà poi la celebre 'Commissione Stasi', dal nome del suo presidente, e concluse i propri lavori l'11 dicembre 2003, rimettendo all'Eliseo l'altrettanto famoso 'Rapporto Stasi'¹⁴⁴; esso si concludeva con tutta una serie di suggerimenti e raccomandazioni, nei quali, oltre ai simboli religiosi in generale, si caldeggiavano misure che evitassero la nascita d'una ghettizzazione delle comunità islamiche, nell'ottica di quel sacro orrore per il *communautarisme* che caratterizza la Francia.

Parallelamente operò anche, in ambito parlamentare, il meno noto 'Comitato Debré', specificamente volto ad una "Missione informativa sui simboli religiosi indossati a scuola", il quale concluse i propri lavori il 4 di-

140 In *AJDA*, 1995, pp. 333 ss.

141 CE, 10 marzo 1995; CE, 20 ottobre 1999. V. anche CAA Nancy, 2 maggio 1996, 95NC01869.

142 CHAUVIN, in *RevAdm*, 1997, pp. 10 ss.; SAAS, in *ZAR*, 2004, pp. 315 ss.; KOUBI, in *D.*, 1995, pp. 366 ss.; SEILLER, in *JCP/G*, 1997, II, pp. 22808, 138 ss.; GOFF, in *RIDC*, 2005, pp. 399 ss.

143 Decreto 2003/607, del 3 luglio 2003, in *JO*, 4 luglio 2003, p. 11319.

144 Pubblicato anche in Italia come *Rapporto sulla laicità: velo islamico e simboli religiosi nella società europea*, Milano, 2004.

cembre 2003, esprimendosi a favore d'una legge che vietasse i simboli religiosi 'visibili'.

Sebbene le opinioni sulla costituzionalità, od almeno sull'opportunità d'una tale legge fossero assai variegata e divergenti, però, s'era affermata l'idea che una legge fosse ormai necessaria, tant'è vero che l'iter parlamentare fu molto celere: la proposta di legge è del 28 gennaio 2004, e venne rapidamente approvata tanto all'Assemblea Nazionale quanto al Senato con un'ampia maggioranza¹⁴⁵.

La versione finale del testo, però, è assai differente tanto dalla proposta originaria della Commissione Stasi quanto da quella del Comitato Debré: rispetto alla prima, infatti, non sono stati presi in considerazione i simboli politici¹⁴⁶, mentre, rispetto alla seconda, il divieto non colpisce tutti i simboli religiosi, bensì solo quelli esprimano palesemente un significato religioso; questa seconda modifica fu introdotta per tutelare la libertà religiosa: la dottrina, infatti, temeva che una legge riguardante non solamente i simboli palesemente manifesti (*ostensibles*), ma anche quelli semplicemente visibili (*visibles*) sarebbe stata in contrasto con la Costituzione e con la CEDU¹⁴⁷.

Mentre, infine, la proposta della Commissione Stati prevedeva il divieto del solo velo islamico, la legge ha ampliato la portata del divieto a 360°, onde non potesse venir tacciata di discriminazione¹⁴⁸; da ultimo, poi, la placitazione da parte del Consiglio di Stato, il 22 dicembre di quello stesso anno¹⁴⁹.

Il tenore della legge, però, ha destato nella dottrina alcune perplessità interpretative¹⁵⁰: cosa si intende, in primis, per 'palesemente visibile' (*ostensiblement*)?

145 All'Assemblea Nazionale con 461 voti favorevoli, 36 contrari e 31 astensioni; al Senato con 276 favorevoli, 20 contrari ed 11 astensioni.

146 Cfr. VIOLA, in *RRJ*, 2004, pp. 1453 ss.

147 BUSSY, in *D.*, 2004, pp. 2670 ss.

148 *Ibidem*.

149 V. FABRE-ALIBERT, *La loi française du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics: vers un pacte social laïque?*, in *RTDH*, 2004, n. 59, pp. 575 ss.

150 V. MALAURIE, in *JCP*, G, 2004, I, 124, pp. 607 ss.; ROBERT, in CABRILLAC – FRISON ROCHE – REVET (a cura di), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 2004, pp. 341 ss.; SAAS, in *ZAR*, 2004, pp. 315 ss.; BLONDEL, in *APD*, 2005, pp. 201 ss.

La portata di questo concetto fu appunto precisata da una circolare ministeriale del 18 maggio 2004, secondo la quale il divieto interessava quei capi d'abbigliamento che identificano immediatamente chi li portasse come appartenente ad una data confessione religiosa¹⁵¹, mentre nella stessa circolare venivano ammessi i simboli 'discreti', ribadendo il divieto per quelli 'troppo palesi', fra i quali venivano a mo' d'esempio elencati il velo islamico, comunque chiamato, la kippà e una croce di dimensioni manifestamente eccessive: i concetti di simbolo discreto e di simbolo troppo palese, però, dopo essere stati delineati non vengono precisati meglio, rimettendone evidentemente la valutazione dei singoli casi al giudice del caso concreto¹⁵².

Il secondo punto poco chiaro era il termine "manifestare": si voleva con questo verbo indicare un elemento soggettivo, ovvero l'intenzione con la quale fosse stato indossato il simbolo religioso?¹⁵³

In tal caso, però, si sarebbe potuto avere il caso di chi avesse indossato un velo islamico, oppure una grossa croce, non per motivi religiosi, bensì come ornamenti: dato che la lettera della legge vietava d'indossare simboli religiosi che manifestassero un'appartenenza religiosa, ove quest'ultima fosse mancata, sarebbero essi forse stati permessi?¹⁵⁴

Ritenendo forse potenzialmente fondata un'obiezione di questo tipo, comunque, ecco intervenire il Ministero dell'Educazione Nazionale con una circolare esplicativa, secondo la quale la legge non vietava quegli accessori e quei vestiti che fossero indossati senza significato religioso¹⁵⁵, ma, comunque, non potendo prevedere ogni caso, il Ministero riconosceva che la legge era stata scritta con un'elasticità tale da potersi applicare anche a fattispecie nuove, nonostante eventuali tentativi d'aggrirla¹⁵⁶.

In tutte le sentenze successive alla promulgazione di questa legge, poi, emerge un orientamento costante: le sospensioni od espulsioni scolas-

151 Circulaire du Ministre de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la recherche du 18 mai 2004, relative à la mise en oeuvre de la loi n. 2004-228, du 15 mars 2004, in *JCP*, G, 2004, II, nn. 20046 ss.

152 B. JEAUFFROY – F. TRICARD (a cura di), *Liberté religieuse et régimes des cultes en droit français*, Paris, 1996, pp. 920 ss.

153 V. DURAND PRINBORGNE, in *AJDA*, 2004, pagg. 704 ss.

154 La dottrina sposa questa tesi: v. BUSSY, in *D.*, 2004, pagg. 2673 ss.; GARAY – TAWIL, *ivi*, pp. 225 ss.; DORD, in *AJDA*, 2004, pp. 1523 ss.

155 In *JCP*, G, 2004, II, 20046, 1021.

156 *Ivi*, 1022.

tiche dovute alla violazione di questa legge vengono quasi tutte convalidate dai tribunali amministrativi¹⁵⁷; l'intervento del Consiglio di Stato¹⁵⁸, inoltre, sottolinea come il divieto dei simboli religiosi sia dovuto non già agli effetti che potrebbero avere, bensì alla loro natura ontologica: ciò perché il Consiglio di Stato fa venir meno il requisito dell'ordre public.

Come abbiamo visto, infatti, l'originaria intenzione di vietare i simboli religiosi tout court era stata mitigata, subordinando il divieto ad alcune condizioni, onde la CEDU non potesse intervenire riconoscendo la violazione della libertà religiosa.

Nel caso de quo, dunque, si aveva una ragazza musulmana ch'era andata a lezione non già col velo, bensì con una bandana; ricevuto un primo richiamo disciplinare, ed avviato quel preliminare dialogo con la famiglia obbligatoriamente previsto dalla legge, ella s'era detta disponibile a sostituire la bandana con un cerchietto per i capelli, seppur un po' più largo del normale: invano, era stata espulsa, provvedimento che il Conseil d'État conferma, affermando che il fatto che la bandana fosse stata indossata in perfetta buona fede, senza cioè intenti di proselitismo o di turbamento del regolare funzionamento della scuola, era assolutamente irrilevante, configurando essa in ogni caso una violazione alla legge del 2004.

La cosa rimarchevole è che il testo della legge non prevedesse affatto questa limitazione del divieto ai casi di proselitismo o di perturbamento dell'ordine pubblico, limitazione che era stata difatti introdotta per via giurisprudenziale dai Tribunali di primo grado e d'appello, che peraltro s'erano basati sulla precedente giurisprudenza del Conseil d'État, orientata ad applicare in senso molto restrittivo le leggi limitanti libertà come quella religiosa.

Ne consegue, perciò, che la legge del 2004 in Francia venga ora applicata considerando vietati non solo i simboli religiosi in senso stretto, come il velo, ma anche quelli che, quantunque non essendoli di per sé, potrebbero potenzialmente ricordarli, come, appunto, la bandana o un cerchietto

157 V., ad ex., CAA Nancy, 24 maggio 2006, n. 05NC01336; CAA Nancy, 24 maggio 2006, 05nc01281; CAA Nancy, 24 maggio 2006, 05nc01283; CAA Nancy, 24 maggio 2006, n. 05nc01280; CAA Paris, 19 luglio 2005, n. 05pa01831, in *AJDA*, 2005, pp. 2012 ss.; TA Strasbourg, 25 giugno 2005, n. 0500345; TA Strasbourg, 25 giugno 2005, n. 0500348; TA Strasbourg, 25 giugno 2005, n. 0500739; TA Strasbourg, 25 giugno 2005, n. 0500785.

158 CE, 8 ottobre 2004.

per i capelli; se non è vietato solo il concreto simbolo religioso, bensì anche l'idea stessa di simbolo religioso, ovvero il simbolo del simbolo religioso, si giunge alla concettualizzazione d'un'idea quasi metafisica del simbolo religioso, della quale si combattono e vietano tutti i possibili fenotipi.

Un berretto, come una bandana od un cerchietto per i capelli, non sono evidentemente simboli religiosi di per se stessi, e la studentessa in questione aveva dichiarato di volerlo indossare non già per motivi religiosi, bensì solo estetici.

La Corte accoglie questa spiegazione, e parimenti riconosce che un berretto non sia certamente un simbolo religioso, in sé e per sé, ma potrebbe sembrarlo, e perciò, nonostante la sua natura ontologica completamente diversa da un velo islamico, e nonostante le intenzioni assolutamente a-religiose che avevano indotto la studentessa ad indossarlo, esso ricade comunque sotto la proibizione della legge del 2004, ed è parimenti, paradossalmente ma ineluttabilmente, vietato¹⁵⁹.

Sulla base di quanto sin qui illustrato in riferimento alle allieve, poi, va ribadito che la giurisprudenza francese sul principio di *laïcité* estenda il divieto d'indossare simboli religiosi anche al personale docente.

Già nel 1938, comunque, vi fu un caso, dinanzi al Conseil d'État, nel quale si trattava dell'applicazione del principio di *laïcité* come fondamento per un provvedimento disciplinare contro un'insegnante che era stata licenziata per aver indossato, mentre faceva lezione, una piccola croce al collo¹⁶⁰, cosa che veniva vista come violazione del principio di separazione.

Il Conseil d'État, peraltro, annulla la misura disciplinare, sia perché nessuna norma all'epoca vietava d'indossare simboli religiosi, peraltro senza fare distinzioni fra simboli 'palesamente manifesti' e simboli 'discreti', sia perché l'insegnante non faceva affatto opera di propaganda o di proselitismo, e perciò il suo piccolo crocifisso era un mero 'simbolo passivo', che non poteva in alcun modo turbare la *laïcité* delle sue lezioni¹⁶¹.

Nonostante questo precedente significativo, però, e prima della legge del 2004, il CE stabilirà il principio della 'libertà religiosa limitata' per il

159 TA Caen, 7 giugno 2005; CAA Nancy, 24 maggio 2006.

160 CE, 28 aprile 1938, in *D.*, 1939, III, pp. 43 ss., con nota di DAYRAS, *ivi*, 1939, III, pp. 41 ss.

161 Casi simili si ebbero in seguito: v. CE, 25 luglio 1939; CE, 8 dicembre 1948; CE, 3 maggio 1950.

corpo docente¹⁶²: nell'idea repubblicana, infatti, la scuola è una specie di santuario laico, ove gli scolari vanno per imparare, per questo lo Stato deve proteggerli, sia da sé stesso (ovvero dagli insegnanti), sia dagli altri scolari.

È grazie al sapere laico, fondato sulla Ragione e sui Lumi, che gli scolari possono acquisire gli strumenti conoscitivi logico-critici per affrontare le diverse fedi religiose: scopo primario della scuola non è quello di esprimere fedi religiose, ma quello di trasmettere i valori collettivi della République¹⁶³.

Conclusioni

Sostanzialmente immutabile, pur mutando gli inquilini dell'Eliseo¹⁶⁴, resta la centralità del principio di *laïcité*, a dimostrazione del fatto che "sarebbe molto semplice dire che politica e religione procedono su piani diversi, che è meglio tenerle separate. Così in effetti non è, perché entrambe si occupano della vita dell'uomo, in modo immanente l'una, trascendente l'altra, rispondendo cioè a due diverse esigenze"¹⁶⁵.

La laicità viene vista come una vera e propria metafisica di Stato: "*Il s'agissait de fonder un pouvoir spirituel, solidement établi sur la science, destiné à assurer l'unité profonde du corps social. La République, à la limite, n'exigeait pas seulement, dans la laïcité, la nécessaire neutralité et l'indépendance de la société civile: il lui fallait une idéologie de rechange, une morale et presque une religion*"¹⁶⁶, sicché "*la laïcité n'est plus la conséquence d'un principe: elle devient principe elle-même. Elle cherche en elle-même da raison d'être, sa signification*

162 CE, 2 maggio 2000, in RFDA, 2001, p. 151.

163 S. BUISSON, *L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone: la clause de conscience*, in AJFP, marzo-aprile 2003, pp. 34 ss. A. BALDOUS, *L'intérêt du service dans le droit de la fonction publique*, in RDP, 1985, pp. 913 ss.; G. KOUBI, *Autorisations d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires*, in RA, 1987, pp. 433 ss.; J. BARTHÉLEMY, *La liberté de religion et le service public*, in RFDA, 2003, pp. 1066 ss.; D. LOCHAK, *Les ambiguïtés du principe de séparation*, in *Les cahiers d'action juridique*, aprile 1992, nn. 79/80, pp. 9 ss.; P. LANGERON, *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*, Paris, 1986, pp. 100 ss.; R. SCHWARTZ, *L'expression des opinions religieuses des agents publics en service*, in RFDA, 2001, n. 1, pp. 146 ss.

164 F. FEDE, *Il Capo dello Stato "arbitro" istituzionale*, in GC, 1997, pp. 1167 ss.

165 M. TEDESCHI, *Politica, religione e diritto ecclesiastico*, in *Dir. fam. pers.*, 1996, p. 1524.

166 C. NICOLET, *L'idée républicaine en France*, Paris, 1982, p. 268.

*et elle s'indentifie avec la raison. Tout ce qui est hors de la laïcité ne peut être raisonnable et s'apparente aux ténèbres de l'esprit*¹⁶⁷, il che riporta la laïcité sul piano giuridico, senza però darne una definizione normativa¹⁶⁸, e, soprattutto, conferma come sbagliata, perché “antistorica, l'opinione secondo la quale il progresso annullerebbe il pensiero religioso in quello laico [...] È l'attualità di S. Agostino che occorrerebbe riscoprire, non la scienza, se si vuole salvare la cultura moderna dalla duplice catastrofe del cristianesimo laicizzato e del radicale ateismo”¹⁶⁹.

Bibliografia essenziale

- ✦ CONSORTI, Pierluigi, *Dalla Francia una nuova idea di laicità per il nuovo anno, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 1, 2008.
- ✦ D'ARIENZO, Maria, *La “religione della laicità” nella Costituzione francese, in Becchi Paolo, Pacillo Vincenzo (a cura di), Sull'invocazione a Dio nella Costituzione federale e nelle Carte fondamentali europee*, Eupress, Lugano, 2013.
- ✦ D'ARIENZO, Maria, *La laicità francese secondo Nicolas Sarkozy, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 1/2007.
- ✦ D'ARIENZO, Maria, *La laicità francese: “aperta”, “positiva” o “Im-positiva”?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 11/2011.

167 J.B. TROTABAS, *La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain*, cit., p. 204.

168 V.J. BARTHÉLEMY – P. DUEZ, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, 1926, pp. 138 ss.

169 M. TEDESCHI, *Secolarizzazione e libertà religiosa*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Saraceni*, Napoli, 1988, p. 499.