

# The European Impact on Law & Religion in Italy and beyond



**An Educational Itinerary**

edited by  
Pietro Faraguna

**EUT**

This volume collects the testimony of a teaching itinerary developed within the framework of the 2020-2023 Jean Monnet module entitled “The European impact on Law&Religion in Italy and beyond”. Making the most of a variety of disciplinary approaches and academic backgrounds, the path sought to identify what has been the impact of European law on the regulation of the religious phenomenon in Italy and in some realities that are geographically or culturally close to Italy. The volume thus brings together contributions dedicated to the impact of European Union law, to the impact of the jurisprudence of the European Court of Human Rights, and includes a comparative approach resulting from the illustration of the Slovenian, German and Swiss experience.

Il volume raccoglie la testimonianza di un percorso didattico che si è sviluppato nel quadro del modulo Jean Monnet 2020-2023 intitolato “The European impact on Law&Religion in Italy and beyond”. Valorizzando la varietà di approccio disciplinare e di provenienza accademica, il percorso ha cercato di individuare quale è stato l’impatto del diritto europeo sulla regolazione del fenomeno religioso in Italia e in alcune realtà geograficamente o culturalmente prossime all’Italia. Il volume raccoglie così contributi dedicati all’impatto del diritto dell’Unione europea, a quelli della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, e accoglie uno spunto di comparazione derivante dall’illustrazione dell’esperienza slovena, tedesca e svizzera.

PIETRO FARAGUNA is associate professor of Constitutional Law at the University of Trieste. His main research focus is the exploration of national constitutional identity in Italy and Europe. He authored or co-authored academic publications on major national and international law journals (among these: Common Market Law Review, German Law Journal, European Journal of Constitutional Law) and published a monograph on constitutional identity in Italy and Europe.

PIETRO FARAGUNA è Professore associato di diritto costituzionale presso l’Università di Trieste. Il filone principale delle sue ricerche è lo studio dell’identità costituzionale, nei suoi profili interni (limiti alla revisione costituzionale) ed esterni (controlimiti rispetto all’integrazione europea), e su questi temi è autore di una monografia e di numerose pubblicazioni nelle maggior riviste di settore in ambito nazionale e internazionale (tra queste: Common Market Law Review, German Law Journal, European Journal of Constitutional Law).



9 788855 114585 >

Euro 14,00



With the support of the  
Erasmus+ Programme  
of the European Union



With the support of the  
Erasmus+ Programme  
of the European Union

The European Commission's support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents, which reflect the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

Impaginazione  
Elisa Widmar

© Copyright 2023 EUT

EUT Edizioni Università di Trieste  
via Weiss 21, 34128 Trieste  
<https://eut.units.it>  
<https://www.facebook.com/EUTEdizioniUniversitaTrieste>

Proprietà letteraria riservata.  
I diritti di traduzione, memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento totale e parziale di questa  
pubblicazione, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm,  
le fotocopie e altro) sono riservati per tutti i paesi

ISBN 978-88-5511-458-5 (print)  
ISBN 978-88-5511-459-2 (online)

The European Impact  
on Law&Religion  
in Italy and beyond  
An Educational  
Itinerary

edited by  
Pietro Faraguna



# Table of contents

- 1 The European Impact on Law&Religion in Italy  
and beyond: An Introduction  
*Pietro Faraguna*
- 23 La libertà religiosa tra ordinamento interno e  
Unione europea  
*Pierluigi Consorti*
- 41 La tutela sovranazionale della libertà religiosa:  
l'Italia dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'Uomo  
*Marco Croce*
- 87 The Challenges of Freedom of Religion in Slovenia  
*Matej Avbelj*
- 111 The European Impact on Law and Religion in Germany  
*Diana zu Hohenlohe*
- 149 The Invocation to God in the Preamble of the Swiss  
Federal Constitution  
*Vincenzo Pacillo*



# The European Impact on Law&Religion in Italy and beyond: An Introduction

PIETRO FARAGUNA\*

TABLE OF CONTENTS: 1. THE LAW OF NAMING LAW. – 2. THE TRANSFORMATION OF A LEGAL SUBJECT AT THE CROSSROADS. – 3. THE LIBERAL ATTACK. – 4. THE RESURRECTION OF ECCLESIASTICAL LAW. – 5. ECCLESIASTICAL LAW AND THE REPUBLICAN CONSTITUTION. – 6. THE EUROPEAN IMPACT.

## 1. THE LAW OF NAMING LAW

God called the light «day» and the darkness he called «night».  
(Genesis I, 5)

The Lord God said, «It is not good for the man to be alone. I will make a helper suitable for him.»

Now the Lord God had formed out of the ground all the wild animals and all the birds in the sky. He brought them to the man to see what he would name them; and whatever the man called each living creature, that was its name.

---

\* Associate Professor of Constitutional Law at the University of Trieste and Academic Coordinator of the Jean Monnet Module on “The European Impact on Law&Religion in Italy and beyond”.



So the man gave names to all the livestock, the birds in the sky and all the wild animals.

(Genesis II, 18-20)

The power of “naming” discloses eternal debates about power relations and the role, functioning and nature of language. However, this is not a matter for investigation for a lawyer. On the contrary, lawyers in general and legal scholars specifically, are sometimes obliged to take “names” as a given fact, and to start their legal or scholarly reasoning from that fact.

Any classic legal course starts with an introductory definitional question: «what is criminal law?»; «what is international law?»; «what is civil law?».

This sort of question is particularly challenging in regard to “our” subject (Tedeschi 2010, 1), as the name of the subject itself is open to harsh contestation. “Ecclesiastical Law” – this is the literal translation of “diritto ecclesiastico” – is a debated label (see Miele 2015): nowadays this terminology meets growing scepticism. Some of the most prominent textbooks adopted different terminologies in the last decades: two prominent examples, but not the only ones, are “Public law of religions” (Colaianni 2012) and “Law and Religion” (above all, in Italy, see Consorti 2022).

According to those who advocate the abandonment of the name “Ecclesiastical Law”, this terminology is misleading, as it emphasises an anachronistic “vertical” dimension of this field of law, and exposes the subject to the increasing risk of being neglected by students, who would possibly find the same subject much more attractive if offered under a different and more appealing label.

However, the subject does not seem in harsh crisis, if we consider some pure academic figures. At the moment of writing (i.e. June 2023), the Italian academic system counts 113 legal scholars of “Ecclesiastical and Canon Law” (the adjectives “ecclesiastical” and “canon” have been reversed since 2015 – see Fattori 2023, 81), who are currently in charge of an academic position in Italian faculties (this number includes full professors, associate professors, and assistant professors).

In 2001 (i.e. the most remote date with public available records on the website of the Minister of University), the number amounted at 137. If compared with other scientific sectors, and specifically with pivotal subjects in the education of lawyers, these figures show that the number of legal scholars teaching Ecclesiastical Law in Italian universities is recently following a relatively normal trend.

Private lawyers were 617 in 2001, while they are now 692.

Constitutional lawyers are now 273 and were 191 in 2001 (if we add scholars appointed under the label of “public law” we should add 272 scholars in 2001 and 276 scholars now). Criminal lawyers counted 275 colleagues in 2001 and 274 professors today. It goes without saying that specific sectors experienced a remarkable increase in their consistency, such as EU law scholars (they passed from being 4 colleagues in 2001 to the current 158).

However, the message is that “Ecclesiastical Law is not dead” in terms of consistency of academic personnel. It is certainly not dead – but is Ecclesiastical Law the same as in 2001 (or earlier)?

## 2. THE TRANSFORMATION OF A LEGAL SUBJECT AT THE CROSSROADS

Modern “Ecclesiastical Law” emerged between the 19th and 20th centuries. Previously, the evolution of the relationship between law and religion created a separation of Civil Law and Canon Law that had gradually come to characterize Western modernity. Behind the creation of modern Ecclesiastical Law, there is a long path of Western law that went through the progressive separation of ethics and law, of crime and sin, of civil crime from canonical crime, of punishment and penance (Ventura 2010).

This path stabilized Canon Law as the law of the Catholic Church, an expression of the Church’s original sovereignty and independence, which at the same time reveals natural justice and produces “specialized” norms that regulate certain areas of human life (first of all: marriage). An autonomous Civil Law had been established alongside Canon Law, but it was naturally aiming at promoting Christian values.

Canon Law was not, however, a law with claims to exhaustiveness. On the arduous path to modernity, a fair balance was settled, according to which Canon Law did not aspire to regulate all areas of life. In the approach of Roman law, property, contracts, and many other human activities were regulated by civil law, while church law was responsible for regulating the internal organization of the Church, sacraments, related processes, ecclesiastical goods, and canonical crimes.

For the regulation of “mixed matters”, the instrument of regulation were concordats, i.e. proper international treaties.

This balance proved to be stable for a long time, but it was gradually undermined by a progressive process of

secularization of society (Böckenförde 2007). This process supported a progressive tendency of civil law to extend the sphere of competence at the expense of Canon Law. The demise of the imperial organization and the emergence of the nation-state as a new dimension of civil law production, within a politically fragmented scenario, also affected this process. This fragmentation emphasized a pluralist dimension of law that could not be reconciled with the universal vocation of Church law and further nurtured the need for autonomy of civil law, within the different legal system that were gradually emerging.

Such fragmentation also affected Canon Law, moreover, given that Canon Law had been codified in the *Corpus Iuris Canonici*, with its completion reached in the mid-16th century. However, this centripetal move was challenged by schisms that challenged the universal vocation of the law of the Catholic Church.

The new balance had therefore to take into account the transition from the scenario in which there was one empire and one Church to one in which there were multiple States and multiple Churches, with a fragmentation that we would retrospectively describe as pluralistic.

The balance of relations between Civil Law and Canon Law within individual States and vis-à-vis different churches has been characterized as a moving concept, featuring very different combinations of confessionalism and jurisdictionalism. However, from a terminological point of view, at this stage the expression “Ecclesiastical Law” was used by canonists to designate “human-Ecclesiastical Law”, then excluding the part of Church law that endowed with natural or divine-positive origin.

At this stage of development, however, “Ecclesiastical Law” indicated for all intents and purposes a part of Canon Law. A process of historical synecdoche led to the inversion of this terminological relation. The use of the part “Ecclesiastical Law”, with the passing of time, led to indicate the whole (Canon Law): this process of terminological exchange is actually revealing of an increasingly central role assumed in the progress of history by “human-ecclesiastical” law, with the production of law increasingly centralized in the hands of the Pope and his curia.

The terminology “Ecclesiastical Law” was also more “modern,” while Canon Law echoed an anachronistic theocratic dream linked to the old *Respublica Christiana* of medieval memory. The settling of the preference for the terminology “Ecclesiastical Law,” which was better able to frame the complexity of modern law, dates back to the 19th century. *Ius ecclesiasticum*, used as a synonym for, or alternative to, Canon Law, included rules on church organization, bodies and property, marriage, and canonical crimes and penalties. This terminology gradually also emancipated itself from Latin, with correspondences in the different national languages: thus in German the use of the term *Kirchenrecht* emerged, albeit referring to an entirely different settlement of relations between the civil and religious spheres.

This new balance, however, was being pressured by novel social, cultural and historical impulses, stemming from separatist instances that overseas had already been fully theorized since the beginning of the 19th century (starting with the «wall of separation» mentioned by Thomas Jefferson). Facing with these new challenges, canonists began to refer to *ius ecclesiasticum* not only as a synonym for “Canon Law”, but

also as a term including the original and sovereign right of the Catholic church that needed to be protected against the claims of various national legal systems. The *ius ecclesiasticum*, and even more precisely the *ius publicum ecclesiasticum*, therefore became the last trench defending the temporal power of the Church and the Papal State, against an historical trend that pushed in the direction of positivization and secularization of national law, with an inescapable marginalization of Ecclesiastical Law.

### 3. THE LIBERAL ATTACK

To a certain extent, this defensive move led to the opposite result and contributed to speeding up the final defeat of Ecclesiastical Law: in fact, the attempt to save the temporal power of the Church nurtured anticlerical stances and did not succeed in its ambition of preventing the development of separatism – and the connected marginalization of Canon Law. On the contrary, Canon Law stopped being taught in France, Portugal and, albeit temporarily, in Italy as well.

However, from a conceptual point of view, *ius publicum ecclesiasticum* efforts led to the drafting, in 1917, of the first Canon Law code, a symbol of Catholic competition with States whose law had been transformed precisely by the revolutionary impact of codification in the 19th century. Additionally, *ius publicum ecclesiasticum* produced a conceptual effort to defend the sovereignty of the Holy See. This effort was later recovered, in more recent times, to defend the international prestige of the Catholic Church. Traces of this conceptual effort were later enhanced during the season of reconciliation

of the relationship between the Italian State and the Catholic Church that was later to come and survived even the advent of the Republican Constitution.

In any case, until the mid-19th century, the term “Ecclesiastical Law” had quite different meanings in Reformed and Catholic countries. In the former, the term denoted the law of the national churches, understood as a product of the mixed competencies of ecclesiastical and State authorities. This was the subject of German “*Kirchenrecht*” and English “Ecclesiastical Law”.

In Catholic countries, on the other hand, *ius ecclesiasticum* was still synonymous with Canon Law, although it was not indifferent to transformations in its content following the process illustrated above. However, in Catholic countries the peculiar universal structure of the Catholic Church still weighed heavily, so that its law (the Catholic *ius ecclesiasticum*) could only have a transnational ambition and therefore resist particularist fragmentation and historical pushes toward pluralism.

For this reason, too, the advent of the liberal era of codification was far more painless for the Reformed countries, if compared with the trauma codification generated vis-a-vis the Catholic Church and its law. The liberal age was characterized by the assertion of the civil legal monopoly, the secularization of law, and the consequent erosion of spaces for regulating areas of life that had previously been reserved for the Church. The State’s economic interventionism on Church property was also included in this process of transformation: economic interventionism was triggered by the need to find resources to cope with the public provision of more and more services, in the transition that led the liberal

state to also become the welfare State. The liberal approach was thus incompatible with a regulation of relations between Church and State (or States and Churches) based on Concordats. On the contrary, it necessarily had to pass through unilateral legislative regulation of what had previously been mixed subjects. During this period, in Italy, faculties of theology were closed and chairs of Canon Law and Ecclesiastical Law in law faculties were abolished. Consistent with the liberal revolution, the change in legislative approach was accompanied by a profound renovation of legal knowledge, where Ecclesiastical Law no longer found any place, either because of politically oriented decisions to this end or because of the waning interest in new generations of students in cultivating a now “useless” knowledge (on the current practical value of this knowledge see Pacillo 2023).

An extraordinary manifesto of this transformation is contained in the famous inaugural lecture of Francesco Scaduto’s course in Ecclesiastical Law, delivered in Palermo in 1884 (now reproduced in Miele 2015). Scaduto celebrated the triumph of legal positivism in the liberal era and the state monopoly in the production of legal norms. Church law, as understood in the past, could no longer have a place in this new legal architecture, and Church law as a legal concept survived in the form of purely internal norms and institutional norms that had some external relevance but still had to be recognized by the State in order to be legally effective. Church law, therefore, could continue to make sense only if it was conceived in reverse of what it had been in the past: modern Church Law was, in essence, State law over the Churches, i.e. the expression of State power and legal monopoly over every legally significant aspect of the religious dimension.



Scaduto's inaugural lecture represented a synthesis of the liberal revolution, as for the way of understanding Ecclesiastical Law was concerned. However, this theoretical conception was never fully realized in any time of history or any legal system of the world. As time went on, political and cultural hostility to Ecclesiastical and Canon Law – these terms were still understood as synonymous – faded away. In some cases, the teaching of Ecclesiastical Law resumed in the exact same terms as before their ban from universities, and in other cases Scaduto's approach had some impact, though it failed to assert itself in its full radical scope.

Scaduto's theoretical approach was later reformulated in its scope, in terms more compatible with the Italian legal tradition, by Francesco Ruffini. It was no coincidence that Ruffini had been trained in Germany as a legal scholar and had been keenly aware of the alternative model offered by *Kirchenrecht*, precisely at a time when even in Germany the establishment of the State was leading *Kirchenrecht* to become *Staataskirchenrecht*.

Ruffini's crucial contribution in the transformation of Ecclesiastical Law as a legal science can be summarized by grasping two main directions. On the one hand, Ruffini systematized the new state of the art, considering Ecclesiastical Law to be the given set of norms (of State or ecclesiastical derivation), governing Churches. On the other hand, Ruffini impressed more methodological modernity by grafting the theory of subjective public rights into the subject of religious freedom.

Toward the end of the 19th century, "Ecclesiastical Law" became a real, modern legal discipline (the journal "*Il diritto ecclesiastico*" was founded in Italy in 1890).

And what matters most, in the economy of this introduction and this research and teaching Jean Monnet project, is that these are the years in which the foundations are laid for overcoming the dogma of the state monopoly of law that had characterized the liberal revolution. A momentous step in this overcoming is marked by Santi Romano's work on the plurality of legal systems (Santi Romano 1917). Santi Romano, theorizing that the State is not the only possible and legitimate legal system, with a construction destined to have enormous repercussions in a then unforeseeable future, had in mind not European law or international law, but the law of the Catholic Church, which at the time represented the best example of the existence of non-State legal orders.

Paradoxically, Ecclesiastical Law, from a «rancid teaching» (Ferrari 2015, 269) became an outpost for testing the most avant-garde theories of public law. A revival of Ecclesiastical Law emerged also thank to the constitutionalist teaching of Santi Romano, who offered robust legal arguments against the then dominant positivist prejudice, which denied the legitimacy of a modern legal study of the religious phenomenon (Santi Romano 1917).

#### 4. THE RESURRECTION OF ECCLESIASTICAL LAW

The “resurrection” of Ecclesiastical Law as a worthy legal science was masterfully summarized by Jemolo: «the discipline known by the name of Ecclesiastical Law includes in itself two different organic systems of legal norms, united only by expediency of didactic treatment: the law of the Church and the law of the State» (Jemolo 1927 – my translation). Clearly,

the first part of this definition coincided with the traditional breadth of Canon Law. The definition of the second part Canon Law consisted in, according to the view of Jemolo, was far more challenging: Jemolo identified it as the legislation in ecclesiastical matters that intervened where general law, concerning freedom of association, was not enough. It was, in essence, State law in those areas where it was necessary «to adopt special norms to regulate the legal life of the Church» (Jemolo 1927 – my translation).

This arrangement of a new balance that shaped Church law as a legal science soon had to reckon with a new external “shock”: the approval of the Lateran Pacts in 1929. The conciliation between the Fascist State and the Catholic Church made a mockery of liberal method and principles. It introduced the principle of the Catholic religion as the religion of the State and did so through a bilateral method that the liberal revolution had firmly abandoned. The Treaty generated a new State entity, moreover providing a kind of “precedent” for the attempts (admittedly far less successful), taking place at the beginning of the following century, to assert a kind of federal statehood to the European Union with the failed Constitutional Treaty. Relations between the state and the Catholic Church were being regulated by those Concordats, which brought the hands of time back to the previous century.

Beyond all the historical meanings that this turning point brought with it, from a disciplinary point of view there is no doubt that the approval of the Pacts brought Ecclesiastical Law back into vogue in the world of lawyers, turning the related science back into a “useful tool” for the formation of the jurist, even in a practical perspective. From the theoretical point of view, too, the turning point brought with it

elements of strong innovations, triggered in theoretical tools developed in previous decades, i.e. – above all – the theory of the plurality of legal systems.

At this stage, however, there was still terminological, disciplinary and conceptual confusion between Ecclesiastical Law and Canon Law. Innovations brought by Fascist Church law had obviously not been welcomed by all scholars equally. The discipline emerged somewhat strengthened, but certainly some scholars expressed clear, explicit and courageous dissent: Francesco Ruffini may be mentioned as a paradigmatic example of dissent, as he was among the 18 university professors who did not take the oath of allegiance to Fascism. He paid for his act with his professorship, and the same did his son Edoardo, a professor of history of law and author of valuable historical canon studies.

However, many other colleagues remained indifferent, taking refuge in the renewed scientific calibre of the discipline. Most of the scholars shared the same embarrassment as many other colleagues in other disciplines, and kept their professorship by coldly and necessarily joining fascism corporatism. This embarrassment ended up reinforcing the legal standing of Ecclesiastical Law, producing for the effect of also cultivating an Italian lay school of Canon Law, which handled Canon Law with the tools of legal scholars, on a par with any other discipline of law. This effect developed an intense debate about the religious specificity of Canon Law and the nature of Canon Law as religious law.

In a kind of circular path, just as the accentuation of the legal features of Ecclesiastical Law had an effect on the development of a secular school of Canon Law, so the latter had further impact on the development of Ecclesiastical

Law. The legitimacy of the two sciences also accentuated their autonomy and distinction, so that by the 1940s Ecclesiastical Law was no longer understood in Italy as including both the law of the Church over itself (Canon Law), but as including only the law of the State over the Church (Bertola 1938). Of course, the connections between the two sciences remained strong: first, the history of the two fields was interconnected, as illustrated in these pages; moreover, the scholars of the two disciplines passed through a common training path, and the masters of the two disciplines were basically the same people; and finally, Fascist concordat law had established a peculiar link between the normative production of ecclesiastical and State law.

##### 5. ECCLESIASTICAL LAW AND THE REPUBLICAN CONSTITUTION

A new “external shock” was to affect soon this state of the art, i.e. the regime change introduced by the approval of the Republican Constitution in 1947. The compromising nature of the Constitution – sometimes understood in a derogatory sense, more often to celebrate its success – emerged in ecclesiastical matters, where the most significant constitutional provisions (Articles 3, 7, 8, 19 Const.) represent a skillful balance between elements drawn from the liberal tradition (so it is for the «equal freedom» guaranteed to all religious denominations by Article 8 of the Constitution), elements from the Fascist tradition (so it is for the principle of bilaterality and the special treatment of relations with the Catholic Church emerging in Article 7

of the Constitution), and entirely new elements (such as, in particular, the extension of bilaterality to confessions other than the Catholic Church through the instrument of agreements regulated in Article 8 of the Constitution).

This balance, typical of the Republican Constitution (Bar-tole 2012), which was expressed through the co-presence of potentially contradictory principles, inescapably led to polarizing the political debate in the first decades of the Republican Constitution's life. A strong polarization emerged, in particular, between those who wanted to privilege the liberal elements, those who wanted to hold firm the elements of continuity with the Fascist legacy, and those who wanted to develop an entirely new balance. Moreover, these frictions were developing in a rapidly changing social context, to which Ecclesiastical Law as a scholarly discipline could not remain indifferent (think only of the debate around divorce and abortion, geopolitical developments and internal transformations within the Church).

In this context, moreover, a new voice was being added, representing one of the most obvious institutional innovations of the Republican Constitution: i.e. the Constitutional Court, which started to operate in 1956. The Court was inevitably destined to play a major role in the definition of new constitutional balances, including ecclesiastical matters.

However, the early years of constitutional jurisprudence were inspired by great prudence in this matter. The Constitutional Court inaugural "ecclesiastical jurisprudence" adapted to a common sentiment that was ultimately supported by the obvious fact of the pervasive presence of the Catholic religion in the vast majority of the Italian people. In these years of prudence, inevitably Ecclesiastical Law emerged weakened

as a legal science, if only because it was clinging to outdated normative data, whereas the Republican Constitution had introduced important innovations that had benefited the attractiveness of many other areas of law.

The subject matter of the discipline, however, was increasingly clearly and stably focused on State law alone having as its object the religious phenomenon, from which Canon Law had to be clearly distinguished. Canon Law was now clearly identified as confessional law internal to the religious community. The definition of the perimeter of the discipline was overall similar in other jurisdictions, where, however, the terminologies were often clearer: “*droit civil ecclésiastique*” in France, “*Staatskirchenrecht*” in Germany, “*derecho eclesiástico del estado*” in Spain. However, the substance was the same: Ecclesiastical Law was no longer concerned with the internal law of the Church, but with the law of the state. However, from this greater clarity, new forks in the road opened up: according to some, the object of Ecclesiastical Law was to be the relationship between the State and the Churches; according to others, it was also to include the regulation of the religious phenomenon, both in an individual and a collective dimension, regardless of any intermediation by the Church.

This divarication was in addition to that which was inevitably determined by the co-presence in the Republican Constitution of principles pushing in very different directions. The different views both on the subject matter of the discipline and on the composition of the fundamental principles that were supposed to govern its normative substance could only lead to the search for new balances for an ever-evolving science. Among these factors the greater inclination to look outside the boundaries of the national legal system must

certainly be included, with an ever-increasing affirmation of comparative studies and a growing attention to the European dimension in the regulation of the religious phenomenon. Comparative studies were gradually moving in the direction of identifying models of regulation of the religious phenomenon, which for some represented examples to aspire to, for others contaminations to be rejected.

Compared to the past, a secular ecclesiastical scholarly approach was also increasingly asserting itself in Italy. Some of the scholars who belonged to this area questioned the very constitutional legitimacy of Article 7 of the Constitution in the part where it introduced a “Catholic exception.” The most tangible examples of this transformation of the discipline consisted of some new textbooks (for all see Lariccia 1974).

In this context, already loaded with elements for further transformations, a new attitude of the Constitutional Court emerged, culminating in Judgment No. 18 of 1982, which, for the first time in the Court’s case-law, applied the theory of the supreme principles of the legal system to declare a provision of the law implementing the Concordat unconstitutional (Fraguna 2015).

Multiple factors were suggesting that times were ripe for a new balance, in which the ingredients already offered in the text of the Republican Constitution needed to be remixed following new recipes. The turning point came with the revision of the Concordat in 1984. The long waited revision of the Concordat, together with the conclusion of the first agreement with a non-Catholic confession based on Article 8 of the Constitution, which came substantially at the same time, marked the opening of a new phase in Italian Ecclesiastical Law. Again, however, the turning point did not



come through a revolutionary explicit modification of the constitutional principles by which the regulation of the religious phenomenon in Italy was already inspired. Quite the contrary: once again, the priority of the bilateral method by which the State regulates religious phenomena was asserted with the revision of the Concordat. And yet new elements were inserted to mark a different recognition and treatment of different religious denominations, with evaluations largely left to political discretion and certainly not oriented to follow quantitative criteria. Within this framework, the Catholic exception did not disappear from the system, although the most glaring elements of friction between the 1929 Concordat and the principles of the Republican Constitution were finally removed in the new 1984 Concordat.

The new discipline of relations between the State and the Catholic Church inevitably provided elements for a revitalization of the discipline, if only because there was new legal material to interpret, on which there was renewed contention between opposing views, which nevertheless now accepted a common playing field. Once again, a tangible sign of the new vitality emerged with the publishing of new textbooks (among others, Finocchiaro 1984 and Cardia 1988) and the founding of new Ecclesiastical Law journals (just in 1984 the journal “*Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*” was born). Constitutional case-law, too, continued to provide new material to be interpreted and domesticated (Barbera 2023), beginning with the ruling in 1989 affirming for the first time the existence of a supreme principle of secularism (for a retrospective analysis see Cardone, Croce 2021). In the same year, moreover, the geopolitical context inaugurated the first signals of the radical shift that brought us to the present time. The fall of the Berlin

Wall was accompanied by the revival of the European integration project, and both events affected the transformation of “Ecclesiastical Law” as a legal subject.

## 6. THE EUROPEAN IMPACT

The development of a deeper and wider European integration further cracked the traditional conception of the State monopoly of law, which had been the dominant dogma underpinning the emancipation of Ecclesiastical Law from Canon Law. Moreover, the crumbling of that dogma affected not only the top-down dimension of the regulation of religious phenomenon, but also the bottom-down direction: a new scholarly and political interest emerged for what some authors have called a «Regional Ecclesiastical Law» (Casuscelli 1990).

In the face of these new developments, the State-centred conception of Ecclesiastical Law has nowadays two plausible alternatives: to abandon itself to an inescapable decline, or to relaunch itself with new challenges.

This project, in its own small way, treads the second alternative. With full awareness of the disciplinary encroachment and cross-contamination at the basis of this research and teaching adventure, we tried to develop a didactic and research path that would involve scholars who are at the heart of the subject, combining an approach that would be open to different disciplinary grafts and visions that would also come from other orders.

It will be up to the reader to ascertain whether we have succeeded in making a small contribution in a direction that

the discipline had, moreover, already partly taken. As for the name of the discipline, a contention on which this introduction has been opened (see, specifically on the naming of the discipline according to international standards, Ventura 2004), the Jean Monnet module bequeaths the transition – which for administrative reasons employed the exact length of the module itself – from the traditional, and our opinion outdated, designation of “Ecclesiastical Law,” to the hopefully more attractive but above all more precise designation “law and religion.”

## REFERENCES

- A. Barbera, *Laicità*, Bologna, Il Mulino, 2023.
- S. Bartole, *La Costituzione è di tutti*, Bologna, Il Mulino, 2012.
- A. Bertola, *Diritto ecclesiastico*, in Nuovo Digesto Italiano, 1938, pp. 1042-1046.
- E.-W., Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dalla Sato moderno all'Europa unita*, a cura di F. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- C. Cardia, *Stato e confessioni religiose: il regime pattizio*, Bologna, Il Mulino, 1988.
- A. Cardone, M. Croce, *30 anni di laicità dello Stato: fu vera gloria? Atti del convegno di Firenze del 27 e 28 settembre 2019 nel trentennale della s.n. 203/1989 della corte costituzionale*, Genova, Nessun Dogma, 2021.
- G. Casuscelli, *Diritto ecclesiastico regionale*, in Digesto discipline pubblicistiche, 1990, 5, pp. 245-252.
- P. Consorti, *Diritto e religione*, Roma-Bari, Laterza 2022.
- N. Colaianni, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012.
- P. Faraguna, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2015.
- G. Fattori, *Ecllettismo e potenzialità del diritto ecclesiastico nella transizione giuridica pluralista*, in: "Coscienza e Libertà", n. 65, 2023, pp. 79-93.

- F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, Il Mulino, 1986.
- A. C. Jemolo, *Elementi di diritto ecclesiastico*, Firenze, Vallecchi, 1927.
- S. Lariccia, *Lezioni di diritto ecclesiastico. I principi costituzionali*, Padova, Cedam, 1974.
- G. Macrì, M. Parisi, V. Tozzi, *Diritto ecclesiastico europeo*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- M. Miele, *Gli insegnamenti del diritto canonico e del diritto ecclesiastico dopo l'Unità d'Italia*, Bologna, Il Mulino, 2015.
- V. Pacillo, *Tuning project e insegnamento della disciplina giuridica del fenomeno religioso: modelli, contenuti ed esperienze internazionali*, in: "Coscienza e Libertà", n. 65, 2023, pp. 187-207.
- S. Romano, *L'ordinamento giuridico: studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, Enrico Spoerri e Tip. Mariotti, 1917.
- F. Scaduto, *Il concetto moderno del diritto ecclesiastico*, Palermo, 1885 (oggi anche in M. Miele, *op. cit.*, 2015).
- M. Tedeschi, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, Giappichelli, 2010.
- M. Ventura, *Diritto ecclesiastico ed Europa. Dal church and state al law and religion*, in *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, a cura di G.B. Varnier, Soveria Mannelli, Rubettino, 2004, pp. 191-216.
- M. Ventura, *Diritto ecclesiastico*, in *Dizionario del sapere storico-religioso nel Novecento*, a cura di A. Melloni, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 718-739.

# La libertà religiosa tra ordinamento interno e Unione europea

PIERLUIGI CONSORTI\*

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE: LA LIBERTÀ RELIGIOSA. – 2. LA PROTEZIONE NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE. – 3. LA PROTEZIONE NELL'ORDINAMENTO EUROPEO. – 4. LA TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI CONNESSI ALLA LIBERTÀ RELIGIOSA. – 5. I RAPPORTI ISTITUZIONALI FRA UNIONE EUROPEA E RELIGIONI.

## I. INTRODUZIONE: LA LIBERTÀ RELIGIOSA

La libertà religiosa non è come tutte le altre libertà. Forse, con un po' di enfasi, è usualmente considerata la «prima delle libertà», o anche la «madre delle libertà» e la «radice delle libertà civili» (Mattarella 2015), nel senso che «tutte le comprende, posto che libertà religiosa è anche libertà di pensiero, di parola, di riunione, di associazione», per cui se questa manca, «sono automaticamente lese tutte le altre libertà» (Dalla Torre 2018, 8).

La sua protezione e promozione appare pertanto – se possibile – più importante di quanto non sia per gli altri diritti di libertà.

---

\* Professore ordinario di Diritto ecclesiastico e canonico presso l'Università di Pisa.

Mi soffermerò in questa occasione a delinearne la protezione nell'ordinamento internazionale e, in particolare, europeo.

## 2. LA PROTEZIONE NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE

Innanzitutto, essa è tutelata nei cosiddetti *Core International Human Rights Treaties*<sup>1</sup>, e poi in molti altri documenti per così dire settoriali, che riguardano, ad esempio, la prevenzione e repressione del genocidio<sup>2</sup>, lo *status* di rifugiato e di apolide<sup>3</sup>, l'eliminazione delle forme di intolleranza<sup>4</sup>, il diritto allo sviluppo<sup>5</sup>, i diritti delle minoranze<sup>6</sup>, la lotta alla criminalità transnaziona-

---

<sup>1</sup> Che sono: la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 10 dicembre 1948; la *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* del 21 dicembre 1965; il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* e il *Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali* del 16 dicembre 1966; la *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna* del 18 dicembre 1979; la *Convenzione contro la tortura* del 10 dicembre 1984; la *Convenzione sui diritti del bambino* del 20 novembre 1989; la *Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie* del 18 dicembre 1990; la *Convenzione per i diritti delle persone con disabilità* del 13 dicembre 2006; la *Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata* del 13 dicembre 2006.

<sup>2</sup> *Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio* del 9 dicembre 1948.

<sup>3</sup> *Convenzione sullo status dei rifugiati* del 28 luglio 1951; *Convenzione sullo status degli apolidi* del 28 settembre 1954; *Protocollo relativo allo status di rifugiato* del 31 gennaio 1967.

<sup>4</sup> *Dichiarazione sull'eliminazione di tutte le forme d'intolleranza e di discriminazione fondate sulla religione o il credo* del 25 novembre 1981.

<sup>5</sup> *Dichiarazione sul diritto allo sviluppo* del 4 dicembre 1986.

<sup>6</sup> *Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti alle minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche* del 18 dicembre 1992.

le organizzata<sup>7</sup>, i diritti dei popoli indigeni<sup>8</sup>, l'educazione e la formazione ai diritti umani<sup>9</sup>. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo riconosce il «diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione», che «include la libertà di cambiare religione o credo, e la libertà di manifestare, isolatamente o in comune, e sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell'osservanza dei riti».

Com'è noto, nella Dichiarazione del 1948 i diritti umani sono concepiti quali «ideali da raggiungere» (Bonanate, Papini 2008; Consorti 2012) e non come diritti in senso stretto (Martines 2010); tuttavia, in termini concettuali, «è (per noi occidentali) fuori discussione» (Fiorita, Loprieno 2009, 220) il fatto che i diritti umani sono valori da difendere ad ogni costo (Cartabia 2009; Cassese 2015). La loro importanza è stata riconosciuta nel tempo in settori sempre più ampi dell'ordinamento internazionale, tanto che anche altre organizzazioni internazionali li hanno via via recepiti<sup>10</sup>. Per noi riveste particolare importanza la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*

---

<sup>7</sup> *Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale* del 15 novembre 2000.

<sup>8</sup> *Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni* del 13 settembre 2007.

<sup>9</sup> *Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'educazione e la formazione ai diritti umani* del 19 dicembre 2011.

<sup>10</sup> Senza pretesa di esaustività, ricordo: la *Convenzione americana sui diritti umani* del 1978; la *Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli* del 1981; la *Dichiarazione islamica dei diritti dell'uomo* del 19 settembre 1981; la *Carta araba dei diritti dell'uomo* del 15 settembre 1994; la *Dichiarazione sui diritti umani adottata dall'Associazione delle Nazioni del Sud-Est Asiatico (Asean)* nel 2012.



(Cedu) stipulata a Roma nel 1950 (e resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848)<sup>11</sup>, concepita in seno al Consiglio d'Europa per dotare i cittadini degli Stati aderenti di uno strumento giurisdizionale ad accesso diretto: ossia la Corte europea dei diritti umani<sup>12</sup>.

Vincolante sul piano del diritto internazionale è anche il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* del 1966, entrato in vigore nel 1976 e vigente in Italia dal 1978 (legge di ratifica 25 ottobre 1977, n. 881), che quindi rafforza sul piano interno il diritto di libertà religiosa e ne completa la struttura costituzionalmente adottata.

È importante ricordare poi gli strumenti creati nell'ambito dell'*Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa* (Osce), che impegna i Paesi partecipanti a garantire la libertà di coscienza e di religione e a promuovere un clima di tolleranza e rispetto fra le diverse comunità e fra credenti e non credenti, esprimendo l'esplicita preoccupazione per lo sfruttamento della religione in funzione di scopi nazionalistici e aggressivi.

---

<sup>11</sup> Art. 9: «Libertà di pensiero, di coscienza e di religione. 1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare di religione o di credo e la libertà di manifestare la propria religione o credo individualmente o collettivamente, sia in pubblico che in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. 2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere oggetto di quelle sole restrizioni che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie in una società democratica, per la protezione dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui».

<sup>12</sup> Il Trattato di Roma è stato col tempo completato da una serie di atti successivi (che al momento in cui si scrive sono ben 16 Protocolli) variamente adottati dai 46 Stati membri.

### 3. LA PROTEZIONE NELL'ORDINAMENTO EUROPEO

Anche l'Unione europea ha emanato norme in materia di diritti fondamentali e di libertà religiosa. Innanzitutto, attraverso la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, adottata a Nizza nel 2000, che contempla il fattore religioso in tre diversi punti. L'art. 10, sulla falsariga delle altre norme di carattere internazionale, include la libertà religiosa insieme a quella di pensiero e di coscienza, ribadendo che «ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione» e che «tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti». Il secondo comma dell'articolo riconosce poi il «diritto all'obiezione di coscienza», demandandone la disciplina alle leggi nazionali (la configurazione dell'obiezione di coscienza come *diritto* costituisce una novità degna di attenzione, su cui torneremo nel penultimo capitolo). L'art. 21 vieta qualsiasi forma di discriminazione basata, fra l'altro, sulla religione. Infine, l'art. 22 proclama il rispetto dell'Unione per la diversità religiosa (oltre che culturale e linguistica). In origine la Carta di Nizza rivestiva un carattere prevalentemente simbolico (Celotto, Pistorio 2005), ma adesso è cogente in quanto richiamata all'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (Tue) di Lisbona (2009).

Si può ben vedere che nel complesso delle Carte internazionali la libertà religiosa è ricompresa nel più largo insieme concettuale delle *libertà interiori*, che oltre a quella religiosa abbraccia le libertà di pensiero e di coscienza. In questo

modo, l'ordinamento internazionale sembra riconoscere la comune *radice interiore* di certi comportamenti concreti – che il diritto regolerà poi attraverso le singole leggi nazionali – che più di altri si fondano sul piano intimo e poi caratterizzano le scelte che ciascuno opera per costruire la propria identità. Pensiero, coscienza e religione contribuiscono a determinare i nostri comportamenti, espressivi anche di emozioni, sentimenti, idee e ideali; sulla base dei quali scegliamo (o non scegliamo) come comportarci. Per questa ragione, le libertà interiori possono persino legittimare forme di disobbedienza al diritto (che vedremo nel capitolo 9).

Le libertà interiori e i diritti che ne derivano costituiscono un bene prezioso, posto a tutela della dignità umana, tanto che le varie Carte dei diritti umani li sottraggono alla giurisdizione dei singoli Stati per preservarli dal potere delle leggi nazionali. Nemmeno il popolo può limitare o condizionare i diritti umani: se lo facesse, tradirebbe l'umanità stessa.

#### 4. LA TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI CONNESSI ALLA LIBERTÀ RELIGIOSA

Grazie all'apporto degli ordinamenti internazionale ed europeo, la libertà religiosa e di coscienza gode oggi della protezione giurisdizionale sia della *Corte di giustizia dell'Unione europea*, che siede in Lussemburgo, sia della *Corte europea dei diritti dell'uomo*, che ha sede a Strasburgo. Non è possibile in questa sede dare conto compiutamente dell'attuale complesso sistema di tutela multilivello dei diritti connessi alla libertà religiosa. È però importante ribadire che la protezione dei diritti fondamentali si colloca ormai

all'interno di un sistema basato sulla concordanza di fonti normative diverse – internazionali, europee e interne – e su un apparato giudiziario articolato su più Corti che lavorano in modo fra loro complementare (Ventura 2006), sicché la protezione dei diritti connessi all'espressione della libertà religiosa è oggi tecnicamente azionabile – e spesso con maggiore efficacia – ricorrendo a norme e giudici sovranazionali piuttosto che alle sole fonti e garanzie processuali interne. Oltre ai due tribunali europei già citati, la comunità internazionale ha istituito a questo scopo vari organismi di monitoraggio, fra i quali ricordo il *Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite* (Angeletti 2008) e l'*Agenzia per i diritti fondamentali dell'Ue* (Paciotti 2013).

Il ruolo delle Corti europee negli ultimi anni è progressivamente cresciuto. In particolare, dopo le storiche «sentenze gemelle» del 2007<sup>13</sup>, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è utilizzata anche come parametro di legittimità costituzionale. La supremazia sul diritto nazionale del diritto dell'Ue e della sua giurisprudenza non si presenta come una novità assoluta, ma quello che più rileva è che adesso i diritti fondamentali risultano protetti da un sistema risultante da obblighi giuridici convergenti, tutti di rango in qualche modo costituzionalmente rilevante, che possono derivare sia dall'applicazione diretta della fonte interna, sia dall'adesione all'Unione, sia dall'adesione alla Convenzione. Si realizza per questa via un rapporto fra Carte e Corti strutturato secondo un sistema di «vasi comunicanti» che finiscono per attribuire alla Corte Ue compiti simili a quelli di un giudice costituzionale (Romboli 2013). Peraltro, le decisioni della Corte del

---

<sup>13</sup> Il riferimento è alle sentenze 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

Lussemburgo stabiliscono un parametro di legittimità «euro-costituzionale» di diretta e futura applicazione interna: proprio come avviene per le sentenze della Corte costituzionale.

Si deve peraltro osservare che il fattore religioso ha giocato un ruolo significativo nel processo di integrazione europea, specialmente riguardo ai processi di democratizzazione dei Paesi dell'Europa dell'Est determinati dall'abbattimento del muro di Berlino (Cimbalo 2008). Bisogna tuttavia onestamente ammettere che questo sistema risente del clima politico euroscettico che negli anni più recenti è progressivamente sempre più resistente alle politiche di promozione dei diritti umani provenienti dagli organismi europei (D'Aloia 2014). Più volte e più Stati si sono nel tempo opposti all'implementazione delle decisioni della Corte Edu (Zagrebel'sky 2012), che viene talvolta percepita come un giudice di merito di ulteriore istanza rispetto alle Corti nazionali, mentre è custode della corretta applicazione dei principi che governano la tutela e la promozione dei diritti umani nello spazio giuridico europeo (Alicino 2011).

## 5. I RAPPORTI ISTITUZIONALI FRA UNIONE EUROPEA E RELIGIONI

Il processo di integrazione europeo per alcuni si fonderebbe su un'idea di «unità politica, religiosa, culturale e mercantile» del continente che risale fino a Carlo Magno (Mammarella, Cacace 1998). Si tratta di posizioni «in cui si intrecciano e si inseguono gli stessi elementi del mito originario: identità e libertà, confini e sovranità, monoteismo e politeismo; religione e diritto» (Ventura 2001, 3). In realtà, l'idea di un'Europa unita si fa concreta solo alla fine della seconda guerra

mondiale, quando appare l'unico salvagente cui aggrapparsi per evitare ulteriori guerre e totalitarismi. Perciò anche l'Unione europea – come la Repubblica italiana – si fonda sulle macerie della guerra. Al contrario della Repubblica però, che si è data una Costituzione che precisava principi e valori sui quali procedere, l'Unione europea ancora oggi assomiglia a un cantiere aperto, talvolta coperto da transenne dietro le quali per i non addetti ai lavori non sempre è facile capire cosa stia succedendo.

Prima di affrontare il tema che ci interessa più da vicino, credo sia opportuno ricordare schematicamente alcuni punti chiave. La prima espressione di *unità europea* è rappresentata dal *Consiglio d'Europa*, costituito sulla base del Trattato di Londra del 5 maggio 1949 su iniziativa di dieci Stati – tra i quali non figurava la sconfitta Germania – con lo scopo di «conseguire una più stretta unione» discutendo questioni di «comune interesse», che venivano dibattute in seno all'Assemblea consultiva (formata da rappresentanti dei Parlamenti degli Stati membri) ma stabilite dal Comitato dei ministri (formato dai ministri competenti per materia di tutti gli Stati membri). La costituzione del Consiglio d'Europa fu una vittoria del movimento federalista (Spinelli 1989), osteggiata però dai governi dell'epoca. Per superare questa *impasse*, si fece strada l'idea di stringere accordi legati a singole materie di interesse comune, specialmente economiche e commerciali (Mammarella, Caccace 1998). Da qui la proposta di costituire la *Comunità europea del carbone e dell'acciaio* (Ceca), formata in parte da Paesi diversi da quelli che avevano dato vita al Consiglio d'Europa: in particolare, era assente la Gran Bretagna e presente la Germania. Costituitasi nel 1951, anche la Ceca dava vita a una sua complessa organizzazione istituzionale.

In sostanza, nel medesimo spazio europeo esistevano due diverse istituzioni: il Consiglio d'Europa, che conta oggi 47 Stati membri e ha come obiettivo quello di favorire la creazione di uno spazio democratico e giuridico comune nel rispetto della Cedu e di altri testi di riferimento relativi alla tutela dell'individuo<sup>14</sup>; e la Ceca, che col tempo si è evoluta nell'attuale Unione europea, che attualmente conta 28 membri. Per completare il quadro, dobbiamo ricordare l'esistenza dell'Osce, sorta sulla base della precedente Conferenza per la sicurezza e la cooperazione in Europa (Csce), promossa in tempi di Guerra fredda per facilitare il dialogo fra gli Stati appartenenti ai blocchi contrapposti. Da una prima conferenza tenutasi a Helsinki nel 1975, si è giunti a un'organizzazione internazionale che conta oggi 56 Stati, impegnata nel campo della garanzia della sicurezza sul piano della dimensione umana, politico-militare ed economico-ambientale (Barberini 2004).

Vediamo adesso qual è stata la posizione delle religioni in questo processo. Intanto, segnaliamo che le confessioni religiose hanno manifestato una tendenza a verticalizzare i rapporti istituzionali. La Santa Sede partecipa al Consiglio d'Europa con la qualifica di Stato osservatore<sup>15</sup> e all'Osce come membro effettivo, mentre presso l'Unione europea è accreditato un nunzio (Chenaux 1992). Più in generale, le

---

<sup>14</sup> Il Consiglio d'Europa non va confuso con il Consiglio europeo, che è la riunione regolare (almeno due volte all'anno) dei capi di Stato e di governo degli Stati membri dell'Unione europea.

<sup>15</sup> Con questo stesso titolo partecipa anche alla Commissione di Venezia, alla Banca di sviluppo del Consiglio d'Europa e al Centro europeo per l'interdipendenza e la solidarietà mondiale (Centro Nord-Sud di Lisbona).

confessioni cristiane hanno appoggiato lo sforzo europeistico attraverso l'istituzione di organismi di raccordo continentale in qualche modo paritetici rispetto alle istituzioni civili europee (Fumagalli Carulli 2006)<sup>16</sup>. Fatta eccezione per i dialoghi cui accenneremo più avanti, mancano però luoghi istituzionali di riferimento e le posizioni confessionali appaiono filtrate dai singoli Stati (Musselli, Tozzi 2007).

Il rapporto formale tra l'Unione e le confessioni religiose non è stato facile. Come si è ricordato, il prevalente carattere economico e commerciale che ne ha contrassegnato la nascita non lasciava molto spazio alle questioni religiose. In origine, il diritto comunitario di tipo primario ignorava questo settore, tant'è che «i termini Chiesa o comunità religiosa non vi compaiono» (Robbers 1996, 352). Le cose cambiarono un po' quando col Trattato di Maastricht l'Unione cominciò ad assumere competenze su campi che non potevano ignorare la presenza religiosa. A questo punto l'Unione fece la scelta di privilegiare la garanzia del diritto individuale di libertà religiosa proteggendolo – come abbiamo visto – nelle proprie fonti normative, mentre con riferimento al regime dei rapporti fissò il principio di «separazione contrattuale» (Margiotta Broglio 1990), riservando la materia alla competenza dei singoli Stati e impegnandosi a non intervenire attraverso disposizioni comunitarie.

Non sono tuttavia mancati momenti di tensione, specialmente con le confessioni religiose cristiane, che vantano in Europa una buona posizione nazionale. Il primo

---

<sup>16</sup> Gli organismi in questione sono: *a*) la Comece, Commissione degli episcopati della Comunità europea; *b*) la Ccee, Consiglio che raccoglie le conferenze episcopali cattoliche europee; *c*) la Kek, che raggruppa le Chiese cristiane non cattoliche.



si determinò in occasione della formulazione del Trattato di Amsterdam (1999), quando esse chiesero di prevedere un'apposita norma di salvaguardia del riconoscimento determinato negli ordinamenti nazionali. L'altro in occasione della discussione intorno al «trattato costituzionale», quando domandarono l'inserimento di un esplicito riferimento alle radici cristiane dell'Europa (Grasso 2004). In entrambi i casi il risultato fu deludente per le aspettative confessionali (Macrì 2004). Invece della richiesta «norma sulle religioni», l'Unione adottò una Dichiarazione (la n. 11) che venne annessa al Trattato, per la quale essa effettivamente «rispetta e non pregiudica lo *status* previsto nelle legislazioni nazionali per le Chiese e le associazioni o comunità religiose degli Stati membri», ma al tempo stesso precisa che «rispetta egualmente lo *status* delle organizzazioni filosofiche e non confessionali». Non solo quindi non è stato loro riconosciuto un ruolo paritario alle corrispondenti istituzioni civili, ma sono state «declassate» (si badi bene, nella prospettiva delle confessioni religiose...) al livello dei gruppi filosofici e non confessionali (Margiotta Broglio 2000).

Con le «radici cristiane» è accaduta la stessa cosa: il richiamo al cristianesimo non c'è stato, mentre nel *Preambolo* si parlava di più ampie «eredità culturali, religiose, umanistiche dell'Europa» (Belgiorno De Stefano 2007). Nell'art. 17 torna peraltro il principio stabilito nella Dichiarazione n. 11 annessa al Trattato di Amsterdam, completata però dall'aggiunta di un impegno dell'Unione a mantenere «un dialogo aperto, trasparente e regolare con queste organizzazioni», vale a dire confessioni, associazioni e comunità religiose insieme alle organizzazioni filosofiche e non confessionali (Colaiani 2011). In definitiva, il «Trattato rinuncia a definire positiva-

mente, nemmeno per profili essenziali, la condizione giuridica delle confessioni. Impegna solo l'Unione a rispettare e a non pregiudicare "lo *status* di cui le Chiese e le associazioni o comunità religiose godono negli Stati membri in virtù del diritto nazionale" (art. 17). Una formulazione del tutto riduttiva» (Feliciani 2010), tradotta in una prassi – tutto sommato ancora più riduttiva – avviata nel 2005 dal presidente José Barroso e mantenuta anche dopo l'entrata in vigore del Trattato sull'Unione, che si limita all'organizzazione di convegni annuali che affrontano temi generalissimi (Durisotto 2016).

In termini prospettici, a me parrebbe opportuno che, tra le eredità europee richiamate dall'Unione, figurassero anche i conflitti che l'hanno contrassegnata (Paoletti 2005). In particolare, le guerre di religione fra cristiani (Margiotta Broglio 2000), ma anche la contrastata presenza islamica ed ebraica; nei confronti di quest'ultima, l'Europa deve peraltro ancora colmare il debito contratto con l'Olocausto, che è un'altra innegabile eredità europea, e che per la verità oltre agli ebrei ha coinvolto Testimoni di Geova, rom e sinti, omosessuali, disabili (Vercelli 2011; Osella 2013; Le Bitoux 2002; Girmenia 2016).

## BIBLIOGRAFIA

- F. Alicino, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, Padova, Cedam, 2011.
- S. Angeletti, *Libertà religiosa e patto internazionale sui diritti civili e politici. La prassi del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite*, Torino, Giappichelli, 2008.
- G. Barberini, *Sicurezza e cooperazione da Vancouver a Vladivostok. Introduzione allo studio dell'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (Osce)*, Torino, Giappichelli, 2004.
- M.G. Belgiorno De Stefano, *Le radici culturali, religiose ed umanistiche dell'Europa*, in *La Chiesa e l'Europa*, a cura di G. Leziroli, Cosenza, Pellegrini, 2007, pp. 203 ss.
- L. Bonanate, R. Papini (a cura di), *Dialogo interculturale e diritti umani. La Dichiarazione universale dei Diritti Umani. Genesi, evoluzione e problemi odierni (1948-2008)*, Bologna, il Mulino, 2008.
- M. Cartabia, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, in: "Quaderni costituzionali", n. 3, 2009, pp. 537-568.
- A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2015.
- A. Celotto, G. Pistorio, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in: "Giurisprudenza italiana", 2005, pp. 427-440.
- P. Chenu, *Le Saint Siège et la communauté européenne (1965-1990)*, in *La politica internazionale della Santa Sede 1965-1990. Atti del seminario di studio. Perugia, 8-9-10 novembre 1990*, a cura di G. Barberini, Napoli, Esi, 1992, pp. 57-66.

- G. Cimbalo, *L'incidenza del diritto dell'Unione europea sul diritto ecclesiastico. Verso un "Diritto Ecclesiastico" della Comunità europea*, in *L'incidenza del diritto dell'Unione europea sullo studio delle discipline giuridiche nel cinquantesimo della firma del Trattato di Roma*, a cura di L.S. Rossi, G. Di Federico, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. 213-239.
- N. Colaianni, *Religioni e ateismi: una «complexio oppositorum» alla base del neo-separatismo europeo*, in *«Aequitas sive Deus». Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 689-700.
- P. Consorti, *Dialogo interculturale, diritti umani, religioni*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 193-206.
- G. Dalla Torre, *Libertà religiosa e secolarismo*, in: "Stato, Chiese e pluralismo confessionale", n. 10, 2018, pp. 1-13.
- A. D'Aloia, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in: "Il diritto dell'Unione europea", n. 1, 2014, pp. 1-45.
- D. Durisotto, *Unione europea, chiese e organizzazioni filosofiche non confessionali (art. 17 TFUE)*, in: "Stato, Chiese e pluralismo confessionale", 2016, pp. 1-39.
- G. Feliciani, *«Diritto della Unione Europea e status delle confessioni religiose». Apertura dei lavori*, in: "Stato, Chiese e pluralismo confessionale", 2010, pp. 1-5.
- N. Fiorita, D. Loprieno (a cura di), *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze, Firenze University Press, 2009.
- 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, Vita e Pensiero, 2006.

- E. Girmenia, *L'eutanasia nazista. Lo sterminio dei disabili nella Germania nazista*, Roma, Armando, 2016.
- P.G. Grasso, *Il richiamo alle "radici cristiane" e il progetto di "Costituzione europea"*, in: "Diritto e società", n. 2, 2004, pp. 179-193.
- J. Le Bitoux, *Les oubliés de la memoire*, Paris, Hachette, 2002.
- G. Macrì, *Europa, lobbying e fenomeno religioso. Il ruolo dei gruppi religiosi nella nuova politica europea*, Torino, Giappichelli, 2004.
- G. Mammarella, P. Cacace, *Storia e politica dell'Unione europea. 1926-1997*, Roma-Bari, Laterza, 1998.
- F. Margiotta Broglio, *In Europa il Vaticano è declassato*, in: "Limes", n. 1, 2000, pp. 153-158.
- F. Margiotta Broglio, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione europea*, in F. Margiotta Broglio, C. Mirabelli, F. Onida, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Bologna, il Mulino, 2000, pp. 120 ss.
- F. Margiotta Broglio, *Vers une séparation contractuelle: le nouveau régime des cultes en Italie*, in: "Le Supplément", n. 175, 1990, pp. 79 ss.
- T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2010.
- S. Mattarella, "Messaggio al Sinodo delle Chiese metodiste e valdesi", 23-28 agosto 2015, in <<https://www.quirinale.it/elementi/1806>>, Sito consultato nel marzo 2023.
- L. Musselli, V. Tozzi, *Manuale di diritto ecclesiastico. La disciplina giuridica del fenomeno religioso*, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- C. Osella, *Rom e sinti. Il genocidio dimenticato*, Todi, Tau, 2013.
- E. Paciotti, *Il ruolo dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione*

- Europea dopo Lisbona*, a cura di S. Civitarese Matteucci, F. Guarriello, P. Puoti, Rimini, Maggioli, 2013, pp. 109-120.
- L. Paoletti (a cura di), *L'identità in conflitto dell'Europa. Cristianesimo, laicità, laicismo*, Bologna, il Mulino, 2005.
- R. Romboli, *Trasformazioni del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative*, in *Il ruolo del giudice nel rapporto tra poteri*, a cura di G. Chiodi e D. Pulitanò, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 43-77.
- G. Robbers, *Stato e Chiesa nell'Unione europea*, in *Stato e Chiesa nell'Unione europea*, a cura di G. Robbers, Baden-Baden-Milano, Nomos-Giuffrè, 1996.
- A. Spinelli, *Una strategia per gli Stati Uniti d'Europa*, a cura di S. Pistone, Bologna, il Mulino, 1989.
- M. Ventura, *La laicità dell'Unione europea. Diritti, mercato, religione*, Torino, Giappichelli, 2001.
- M. Ventura, *La religione tra Corte costituzionale e giurisdizioni europee*, in *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di R. Botta, Napoli, Esi, 2006, pp. 367-379.
- C. Vercelli, *Triangoli viola. Le persecuzioni e la deportazione dei testimoni di Geova nei Lager nazisti*, Roma, Carocci, 2011.
- V. Zagrebelsky, *Note sulle conclusioni della conferenza di Brighton «per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti dell'uomo»*, in: "Rivista AIC", n. 4, 2012, pp. 1-5.



# La tutela sovranazionale della libertà religiosa: l'Italia dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'Uomo

MARCO CROCE\*

SOMMARIO: 1. LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: STRUTTURA, FUNZIONAMENTO E CONTENUTO DELLA TUTELA. – 2. LA PROBLEMATICHE DELL'OSTENSIONE ISTITUZIONALE DEL CROCFISSO E IL MARGINE DI APPREZZAMENTO: IL CASO LAUTSI. – 3. L'IMPATTO DELLA C.E.D.U. SUL SISTEMA CONCORDATARIO E LA VALORIZZAZIONE DEL GIUSTO PROCESSO: IL CASO PELLEGRINI E IL CASO LOMBARDI VALLAURI. – 4. IL CASO PIÙ RECENTE: L'EDUCAZIONE RELIGIOSA DEL MINORE IN CASO DI DISACCORDO FRA I GENITORI.

I. LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: STRUTTURA, FUNZIONAMENTO E CONTENUTO DELLA TUTELA

Scopo di queste lezioni è introdurre alla problematica della tutela della libertà di pensiero, coscienza e religione dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Si è scelto, dopo una breve introduzione riguardante il “siste-

---

\* Ricercatore a tempo determinato in Diritto ecclesiastico e canonico presso l'Università di Firenze.



ma CEDU”, le sue caratteristiche e i principali orientamenti della sua Corte, di affrontare l’argomento a partire dai “casi italiani”, perché questo consente da una parte di poter illustrare le problematiche interne riguardanti il rapporto fra diritto e religione, dall’altra di poter avere piena contezza delle caratteristiche del sistema di tutela ripercorrendo anche le tappe dell’esaurimento dei rimedi interni che consente il ricorso al giudice sovranazionale. Ovviamente, vista la destinazione a studenti che per la prima volta approcciano la materia, si è cercato di tratteggiare le questioni nella maniera più lineare possibile senza alcun corredo bibliografico, trascrivendo il contenuto colloquiale delle lezioni in aula.

La C.E.D.U. è la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, meglio nota come Convenzione europea dei diritti dell’uomo: è un trattato internazionale sottoscritto dal nostro paese nel 1950 e reso esecutivo con la legge n. 848/1955.

È espressione del Consiglio d’Europa – da non confondere con l’Unione europea -, che fu costituito da Belgio, Danimarca, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Norvegia, Svezia e Regno Unito, a Londra il 5 maggio 1949, che all’apice della sua estensione aveva raggiunto il numero di 47 Stati, praticamente tutti i paesi geograficamente riconducibili all’Europa con l’aggiunta di Turchia e Russia, fuoriuscita di recente per le note vicende che ci troviamo a vivere.

Dopo gli Stati fondatori aderirono al Consiglio d’Europa: la Grecia nel 1949, l’Islanda e la Turchia nel 1950, l’Austria nel 1956, Cipro nel 1961, la Svizzera nel 1963, Malta nel 1965, il Portogallo nel 1976, la Spagna nel 1977, il Liechtenstein nel 1978, San Marino nel 1988 e la Finlandia nel 1989.

A partire dalla Caduta del Muro di Berlino hanno poi aderito tutti i paesi dell'ex blocco sovietico salvo la Bielorussia.

L'art. 1 del Trattato istitutivo ne definì lo scopo e gli strumenti: «attuare un'unione più stretta fra gli Stati membri per tutelare e promuovere gli ideali e i principi che sono loro comune patrimonio e per favorire il loro progresso economico e sociale», «mediante l'esame delle questioni di interesse comune, la conclusione di accordi e lo stabilimento di un'opera comune nel campo economico, sociale, culturale, scientifico, giuridico e amministrativo e mediante la tutela e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

Lo Statuto del Consiglio d'Europa entrò in vigore il 3 agosto 1949 e l'Italia ratificò e rese esecutivo il Trattato con la l. n. 433/1949.

Il primo atto dell'organizzazione sovranazionale fu proprio la compilazione e la sottoscrizione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, modellata sulla falsariga della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dell'O.N.U. del 1948; a differenza però che nel sistema O.N.U., nel sistema C.E.D.U. si prevede un meccanismo a garanzia dell'effettività dei diritti sanciti nella Convenzione basato originariamente su due organi, la Commissione e la Corte europea dei diritti dell'uomo: tali organi erano chiamati ad accertare eventuali violazioni su istanza di uno Stato o di un singolo individuo e a partire da fine anni '80 sono stati fusi in un'unica entità, la Corte europea dei diritti dell'uomo, composta da un giudice per ogni Stato (ogni Stato ha diritto ai sensi dell'art. 20 della CEDU di nominarne uno). I giudici devono avere requisiti tecnici simili a quelli previsti per i nostri giudici costituzionali: o possedere i requisiti richiesti per l'esercizio delle più alte funzioni giudiziarie o

essere giureconsulti di riconosciuta competenza; vengono eletti dall'Assemblea parlamentare che sceglie tra una rosa di 3 nomi proposta dal governo nazionale, durano in carica 9 anni, non sono rieleggibili e cessano comunque dalla carica a 70 anni. La Corte elegge il suo Presidente e i Vice Presidenti che durano in carica 3 anni.

La Corte però non decide nel suo plenum ma sono previste più articolazioni: il giudice unico, i Comitati di tre giudici, le Camere di sette giudici e la Grande Camera di diciassette giudici; la divisione ordinaria è in Sezioni (attualmente 5), all'interno delle quali si formano Camere e Comitati; il giudice unico ha il potere di dichiarare irricevibili ricorsi; i Comitati possono dichiarare irricevibili i ricorsi o decidere nel merito quando c'è sul punto una giurisprudenza consolidata; le Camere decidono e sulla ricevibilità e sul merito.

La Grande Camera è la composizione della Corte europea dei diritti dell'uomo alla quale vengono demandate le questioni più importanti: può essere attivata quando la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, ovvero qualora la soluzione possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali; il suo giudizio può essere attivato dalla Camera di 7 giudici che può rimettere il caso alla Grande Camera oppure come reazione alla decisione di una Camera di 7 giudici attraverso l'istituto del rinvio. La Grande Camera decide se accogliere o meno il rinvio sulla base dell'importanza della questione (poco più del 5% i rinvii accolti dal 1998 a oggi).

All'interno del sistema di tutela della C.E.D.U. l'art. 34 stabilisce quali possono essere i soggetti ricorrenti: «una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga di essere vittima di una violazione da

parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli». Per persona fisica non si intende il solo cittadino, bensì ogni persona che sia sotto la giurisdizione di uno Stato contraente; per quanto riguarda i soggetti privati collettivi sono stati riconosciuti come legittimati al ricorso le società commerciali, i sindacati, le organizzazioni religiose e i partiti politici.

Il ricorso può essere presentato contro qualunque atto, comportamento, omissione riconducibili a una pubblica autorità che abbia determinato la violazione della Convenzione.

Il sistema C.E.D.U. è basato sul principio di sussidiarietà, quindi per poter ricorrere alla Corte europea dei diritti dell'uomo occorre aver esperito tutti i ricorsi interni; si potrà ricorrere entro 6 mesi dalla decisione definitiva. Fanno eccezione i casi in cui non esistano rimedi interni effettivi, casi nei quali la Corte ha a volte ammesso di poter essere adita direttamente.

Dal punto di vista della struttura delle posizioni sostanziali tutelate si segnala una maggior ricchezza e articolazione del catalogo C.E.D.U. rispetto alla nostra Costituzione, l'eguale costante riferimento al principio della Riserva di legge e invece il limitato riferimento al principio della Riserva di giurisdizione. Da una parte alcuni diritti menzionati nella C.E.D.U. sono assenti nella Costituzione italiana, dall'altra però quasi sempre sono accompagnati da molti limiti espliciti in più, spesso molto generici.

Un esempio probante è proprio il confronto tra l'art. 9 della Convenzione e l'art. 19 della nostra Costituzione: «Art. 9 Libertà di pensiero, di coscienza e di religione: 1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religio-

ne o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. 2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui»; «Art. 19 Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume».

Il parametro di giudizio del sistema di tutela sovranazionale è ovviamente la Convenzione europea dei diritti dell'uomo per come integrata dai Protocolli, ma altrettanto ovviamente il momento interpretativo rappresenta un punto decisivo: la Corte ha infatti inteso il suo ruolo tenendo conto dei contesti culturali, politici e socio-economici che caratterizzano i diversi Stati del Consiglio d'Europa; non deve quindi stupire che spesso la Corte si arresti di fronte alla discrezionalità di cui godono i singoli Stati. Allo stesso tempo però la Corte ha rifiutato un'impostazione meramente "pattizia" del suo ruolo, interpretando estensivamente ed evolutivamente la Convenzione, tendendo anche a interpretare la Convenzione in rapporto agli altri testi giuridici sui diritti esistenti e anche a testi non giuridicamente vincolanti.

Dover giudicare su situazioni molto diverse presenti in Stati con caratteristiche differenti a volte molto rilevanti (proprio in materia di rapporti fra diritto e religione nella C.E.D.U. coesistono Stati confessionali e Stati laici, Stati se-

paratisti e Stati giurisdizionalisti, Stati con pattuizioni bilaterali con le confessioni religiose e Stati che ne sono privi), porta comunque la Corte a valorizzare le regole e i principi accettati nella grande maggioranza degli stessi: quando non c'è consenso, la Corte tende a riconoscere allo Stato il c.d. "Margine di apprezzamento", ossia una violazione che astrattamente dovrebbe essere considerata tale non viene sanzionata perché viene riconosciuto che non c'è ancora un consenso uniforme sul come intendere quel diritto oppure che particolari condizioni presenti in quel paese giustificano il comportamento astrattamente lesivo dello Stato.

Ai sensi dell'art. 41 della C.E.D.U., quando la Corte dichiara l'avvenuta violazione della Convenzione o dei suoi protocolli può accordare un'equa soddisfazione «se il diritto interno dell'Alta parte contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione». La sentenza di condanna fa dunque nascere in capo allo Stato l'obbligo di rimuovere le cause della violazione ripristinando la situazione anteriore alla stessa e se ciò non è possibile o è possibile solo in parte graverà sullo Stato anche l'obbligo del risarcimento del danno, se richiesto dal ricorrente: secondo l'art. 46 gli Stati si sono assunti l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte.

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha oggi solo funzioni di sorveglianza sull'esecuzione delle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo: lo Stato ha infatti l'obbligo di informare il Comitato dei Ministri delle misure assunte, sia di tipo individuale che di tipo generale e la procedura di esame può sfociare in una risoluzione finale in cui si dà atto dell'adempimento statale oppure in caso di non adempimento si può addirittura giungere

alla sospensione del diritto di rappresentanza dello Stato nel Consiglio d'Europa.

Per quanto riguarda la garanzia dell'effettività delle decisioni della Corte E.D.U. nel diritto interno troviamo la l. n. 280/2005 (ratifica del Protocollo) e la l. n. 12/2006: c'è un esplicito obbligo del Governo di provvedere sollecitamente agli obblighi derivanti da un'eventuale sentenza di condanna e di tenere informato il Parlamento sullo stato di esecuzione delle pronunce della C.E.D.U.

Dal punto di vista della collocazione della Convenzione nel sistema delle fonti del diritto italiano per molto tempo si è ritenuto che le norme della C.E.D.U. avessero rango di fonte primaria, con la particolarità di una resistenza all'abrogazione derivante dal particolare modo in cui vengono stipulati i trattati e vengono immessi nel nostro ordinamento, al fine di evitare responsabilità internazionali dello Stato. A partire però dalle sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale il rango riconosciuto è quello di norme interposte fra Costituzione e legge ordinaria, che vanno a integrare l'art. 117, primo comma, Cost., «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»: valorizzando questa disposizione la Corte costituzionale ha dunque stabilito che ogniqualvolta il giudice dubiti della compatibilità di una legge con la C.E.D.U. deve sollevare questione di incostituzionalità sulla stessa al fine di farla dichiarare incostituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., per come integrato dalla Convenzione per come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

È molto importante sottolineare come le “condanne” o le “assoluzioni” di altri paesi abbiano effetto limitatamente ai paesi stessi, per cui la Corte può per la stessa violazione in taluni casi condannare e in altri casi no a seconda dello Stato che ha di fronte in considerazione delle particolarità dell’ordinamento considerato facendo applicazione del margine di apprezzamento.

Per quanto riguarda in particolare quel che più ci interessa in queste lezioni, è possibile comunque individuare alcune tendenze nella giurisprudenza della C.E.D.U. in materia di diritto e religione: per quanto riguarda ad esempio l’equiparazione fra gruppi religiosi e gruppi areligiosi nel 1994 (Unione degli atei c. Francia), quando ancora la sua configurazione giurisdizionale però non era pregnante com’è diventata dalla fine degli anni ‘90 (prima c’erano delle decisioni che avevano più carattere politico che non giurisdizionale), la Francia fu condannata perché trattava diversamente le associazioni ateistiche rispetto alle confessioni religiose, dal punto di vista dell’accesso a una legislazione di favore (vedremo se ciò sarà confermato in relazione al caso italiano riguardante la richiesta di intesa dell’UAAR).

Nello stesso senso sono andate altre sentenze in cui la Corte ha chiaramente detto che occorrono criteri chiari, ragionevoli e conoscibili per poter accedere a una legislazione di favore riguardante il fattore religioso (per es. Testimoni di Geova c. Austria, 2008).

In materia di giuramento con formule religiose ci fu la condanna di San Marino perché obbligava i suoi “parlamentari” a giurare sul Vangelo (Buscarini e al. C. San Marino, 1999).

Riguardo all’incompetenza a giudicare da parte dello Stato in materia religiosa molto significativa è stata una de-



cisione di condanna della Bulgaria che, in un caso di scisma all'interno della Chiesa Ortodossa Bulgara, aveva dato ragione ad una parte sull'altra giudicando come "vera" una delle due Chiese e requisendo i beni dell'altra sostanzialmente mettendola fuori legge.

Molte condanne hanno riguardato la Russia, in particolare riguardo al riconoscimento come confessione religiosa, significative oggi più a livello ricostruttivo che per efficacia pratica dal momento che la Russia non fa più parte della C.E.D.U.: la Corte aveva statuito che quando si tratta di dare riconoscimento a una confessione non si può lasciare il procedimento all'arbitrio dei pubblici poteri.

Numerose sono state negli ultimi anni le sentenze riguardanti i "veli islamici", quasi tutte nel senso di far prevalere il margine di apprezzamento dello Stato: nel caso Leyla Sahim c. Turchia del 2005 si statuì che il divieto posto dallo Stato turco riguardo al porto del velo nelle Università fosse legittimo in relazione alla particolare laicità turca.

Stessa cosa nei casi francese e belga: la C.E.D.U. ha giudicato in S.A.S c. Francia legittima la normativa francese contro il velo integrale in ragione delle necessità del *vivre ensemble*, visto che il viso della persona gioca un ruolo fondamentale nell'interazione umana ed è un elemento indispensabile nella vita di una comunità. In Dakir c. Belgio e Belcacemi e Oussar c. Belgio anche la normativa belga che vieta di celare il volto viene giudicata legittima per gli stessi motivi.

In Lachiri c. Belgio invece, visto che il divieto riguardava il portare il velo non integrale nelle aule di giustizia, lo stesso è stato considerato illegittimo perché basato su motivazioni di pubblica sicurezza in realtà non sussistenti (diversa forse

sarebbe stata la decisione se il divieto fosse stato basato sulla necessità di garantire la neutralità dei luoghi).

Come si vede, dalla giurisprudenza della Corte, seppure nei limiti che si sono sottolineati, possono essere desunti molti significati dell'art. 9 della C.E.D.U. che esplicitamente non sono citati nel testo.

## 2. LA PROBLEMATICHE DELL'OSTENSIONE ISTITUZIONALE DEL CROCIFISSO E IL MARGINE DI APPREZZAMENTO: IL CASO LAUTSI

Cominciando l'analisi dei "casi italiani", la problematica che più ha avuto rilevanza politica e mediatica è senza dubbio quella dell'ostensione istituzionale del crocifisso. Prima di analizzare dettagliatamente il *Caso Lautsi* è necessario fare qualche premessa di carattere generale, perché il tema dei simboli religiosi è spesso trattato, soprattutto sui *media*, con molta superficialità e con confusione dei piani di analisi.

Il problema dei simboli religiosi nello spazio pubblico è un a tematica che negli ultimi anni ha conosciuto una nuova stagione di interesse, perché da una parte ci sono state molte polemiche riguardanti l'esposizione del crocifisso in vari luoghi in cui si esercitano pubbliche funzioni, dall'altro la mutata geografia religiosa del paese ha fatto sì che alcune disposizioni degli anni '70 entrassero in collisione con alcuni precetti religiosi riguardanti il porto di simboli religiosi da parte di privati.

L'argomento è piuttosto caldo politicamente come è dimostrato dal fatto che ogniqualvolta compaia una sentenza riguardante l'argomento si scatenano polemiche molto accese. Non manca nemmeno chi, in sede politica, ha fatto di questi temi una battaglia identitaria, cosa che non sempre

rende agevole un sereno dibattito pubblico alla luce dei principi costituzionali, primo fra tutti, ovviamente, il principio di laicità dello Stato.

Ma andiamo con ordine partendo da alcune premesse definitorie che ci consentiranno di definire meglio le diverse problematiche che abbiamo di fronte e che vi consentiranno, spero, di poter più lucidamente e serenamente analizzare e giudicare, con distacco proprio del giurista, le polemiche che sorgono in materia.

Innanzitutto bisogna distinguere l'ostensione istituzionale dei simboli religiosi da parte dello Stato (crocifisso nelle scuole, nei tribunali, ecc.) dall'ostensione da parte dei singoli sul loro corpo (velo femminile, turbanti maschili, crocifissi al collo, ecc.) nell'esercizio della libertà religiosa oppure nei luoghi deputati al culto dei vari gruppi confessionali; va inoltre considerato differentemente anche il luogo: un conto è un luogo privato, un conto è un luogo aperto al pubblico (un ufficio, una classe, ecc.) e un conto è un luogo pubblico (strade, piazze, ecc.).

Quando parliamo di spazio pubblico in questa materia a proposito dell'ostensione dei simboli facciamo riferimento agli spazi dove si esercitano le pubbliche funzioni: è solo in questi spazi che per l'istituzione, non per i privati, deve essere richiesta laicità sotto forma di neutralità per assicurare che questo spazio pubblico sia pluralista e non confessionalmente connotato. È necessario sottolineare questo aspetto perché, ad esempio, quasi sempre i sostenitori della legittimità dell'esposizione del crocifisso da parte delle istituzioni nelle strutture pubbliche volutamente cercano di fare confusione argomentando che se si togliesse il crocifisso dalle aule scolastiche o dai tribunali di conseguenza bisognerebbe vietare di indossare

catenine col crocifisso oppure togliere le croci dalla sommità delle chiese, demolire le immagini votive che troviamo per le strade e sui palazzi, ecc. Ovviamente questa “Teoria del piano inclinato”, tirata fuori sempre a sproposito quando si tratta di questioni eticamente sensibili sostanzialmente per “buttarla in caciara” e confondere l’uditorio, è priva di fondamento e ragionevolezza: richiedere che i pubblici poteri siano neutrali negli spazi dove si esercitano le pubbliche funzioni e dove le persone sono “costrette” a stazionare per usufruire delle prestazioni dei pubblici poteri non porta con sé alcuna conseguenza aberrante riguardo ad altri luoghi dove le persone sono libere di andare o meno, passare o meno, stazionare o meno.

I singoli, peraltro, sono ben liberi di portare i propri simboli anche in quegli spazi dove si esercitano le pubbliche funzioni, tranne che, come vedremo, se esistono altri beni di livello costituzionale da tutelare che possono portare a una temporanea compressione della libertà religiosa sotto forma di libertà di abbigliamento.

Insomma, a nessuno che sia in buona fede verrà mai in mente, sulla base del principio di laicità dello Stato, di imporre “mutilazioni” all’architettura italiana e al paesaggio così come si sono sedimentati in due millenni di presenza cristiana sul nostro territorio, architettura e paesaggio che godono peraltro anche della protezione dell’art. 9 della Costituzione. Quindi, nessuna conseguenza aberrante, ma solo garanzia di laicità dello Stato, anche dal punto di vista simbolico, negli spazi dove si esercitano le pubbliche funzioni o in relazione allo svolgimento delle pubbliche funzioni.

Prima distinzione essenziale è dunque: l’ostensione di simboli religiosi da parte delle istituzioni è cosa ben diversa dall’ostensione frutto dell’esercizio dei privati della loro libertà religiosa.

È ovvio che il dovere di neutralità gravii in capo all'istituzione e non in capo ai singoli; il singolo non è tenuto ad essere neutrale, se non quando eventualmente assuma pubbliche funzioni (es: si può discutere del caso dell'insegnante abbigliata secondo i dettami della religione che professa, perché in quanto pubblico funzionario potrebbe inquinare l'esercizio della funzione, ma anche in questo caso si potrebbero operare delle distinzioni). Certamente a nessuno di voi, in Italia, potrà essere impedito di abbigliarsi religiosamente anche in un'aula universitaria; semmai il divieto graverà sul professore.

In questa prospettiva è del tutto condivisibile quanto affermato nel 2007 da Giuditta Brunelli in un importante convegno sui "Problemi pratici della laicità": «mentre i singoli devono ritenersi liberi di esprimere la loro identità culturale e religiosa anche attraverso l'utilizzazione di segni di appartenenza – con gli eventuali limiti che possono riguardare quelle forme di vestiario che coprono il volto, impedendo il riconoscimento della persona e ostacolandone i rapporti sociali – resta escluso che i simboli e le immagini sacre di una confessione religiosa possano essere autoritativamente esposti nella sfera pubblica istituzionale, quasi che lo Stato potesse in esse identificarsi»

Questo è il quadro generale di riferimento: siamo in presenza, eventualmente, di obblighi di neutralità per lo Stato e per i Pubblici poteri nelle aule dove si svolgono le pubbliche funzioni, nelle quali, viceversa, ci dovrebbe essere piena libertà per i consociati; oppure in presenza di esercizio di funzioni pubbliche anche fuori dalle aule, ma sempre e solo per la parte pubblica.

I rilievi fin qui esposti possono aiutare a inquadrare una tematica che oggi riguarda tutti i Paesi occidentali: in Francia

è stata addirittura emanata una legge per vietare l'uso di simboli religiosi ostensivi da parte dei privati nei luoghi dove si esercitano le pubbliche funzioni, dando luogo ad una polemica anche sulla taglia dei crocifissi, sul diritto di indossare il velo e sul *Kirpan*; ovviamente era un provvedimento mirato a impedire a studentesse mussulmane di indossare il velo a scuola, ma non potendo scrivere un divieto così mirato che sarebbe stato troppo evidentemente discriminatorio in via diretta, ci si è arrampicati sul concetto di simbolo ostensivo con il risultato paradossale di finire per vietare anche altri simboli sulla base del dimensionamento degli stessi. Una legge di tal genere in Italia sarebbe con buona probabilità dichiarata incostituzionale per compressione eccessiva della libertà religiosa individuale e ciò ci porta anche a interrogarci sulla nozione di laicità: è veramente laico lo Stato francese che impone non solo neutralità ai pubblici poteri ma anche sacrificio alla libertà religiosa dei singoli? Forse per questo secondo aspetto della sua azione è più laico lo Stato italiano, che viceversa riguardo alla neutralità dei pubblici poteri sconta un deficit di laicità a volte davvero imbarazzante.

Cominciamo la nostra analisi riguardo alla problematica dell'ostensione istituzionale del crocifisso che è sfociata nel caso Lautsi c. Italia: innanzitutto dobbiamo chiederci, perché in Italia in alcuni spazi dove si esercitano le pubbliche funzioni è presente un crocifisso? Nell'aula dove stiamo facendo lezione non è presente. Perché?

La risposta la possiamo trovare in una serie di atti normativi risalenti ai primi anni del Fascismo, quando lo stesso cercava di accreditarsi con il Cattolicesimo italiano e la Santa Sede in vista della Conciliazione che sarebbe arrivata di lì a poco.

Le disposizioni più significative che troviamo a questo proposito nell'ordinamento sono le seguenti: l'art. 118

del r.d. n. 965/1924 riguardante le scuole medie che recita «Ogni istituto ha la bandiera nazionale; ogni aula, l'immagine del Crocifisso e il ritratto del Re»; e l'art. 119 del r.d. n. 1927/1928, riguardante le scuole elementari secondo cui «Gli arredi, il materiale didattico delle varie classi e la dotazione della scuola sono indicate nella tabella C allegata al presente regolamento». Nella tabella C, fra i vari "arredi", era compreso pure il crocifisso.

Come vedete, nulla è previsto per l'Università ed è questo il motivo per cui nelle università non è mai stato presente. Nessuna base normativa, nemmeno risalente, per l'esposizione nelle aule universitarie. Per cui, altra precisazione: il crocifisso, se e quando è esposto, deve avere una base normativa che ne richiede l'esposizione. Non si tratta né di consuetudine, né di tradizione, come troppo spesso si sente ciarlare nel dibattito pubblico molto confuso sul punto.

Che ci siano atti normativi che ne impongano l'esposizione non vuol dire che questi atti siano considerabili vigenti e legittimi. Vedremo anzi che proprio sul problema della loro vigenza e della loro legittimità si è articolato un nutrito contenzioso giurisdizionale.

Oltre a questi regi decreti riguardanti le aule scolastiche abbiamo poi altre fonti, talvolta di non facile reperibilità, che a volte non dovrebbero nemmeno essere considerate tali, come la circolare del Ministro Rocco del n. 2134 del 1926 che impone la presenza del crocifisso nelle aule di giustizia: «Prescrivo che nelle aule di udienza, sopra il banco dei giudici e accanto all'effigie di Sua Maestà il Re sia restituito il Crocifisso, secondo la nostra antica tradizione. Il simbolo venerato sia solenne ammonimento di verità e di giustizia. I capi degli uffici giudiziari vorranno prendere accordi con le

Amministrazioni comunali affinché quanto ho disposto sia eseguito con sollecitudine e con decoro di arte, quale si conviene all'altissima funzione della giustizia»

Non siamo comunque mai in presenza di fonti di livello primario, salvo il caso di una legge regionale della Lombardia.

La *ratio legis* sottesa a queste fonti normative o para tali è basata sull'esposizione del simbolo rappresentativo della religione dello Stato, è quindi una *ratio* ben compatibile con i principî dello Stato totalitario e confessionale che li aveva emanati, ma è evidente come sia patentemente in contrasto con quelli di uno Stato che ha la laicità fra i suoi principî supremi e che, di conseguenza, non ha e non può avere una religione di Stato. Questa precisazione, come vedremo, è necessaria perché alcuni giudici hanno provato a trarre da queste disposizioni una *ratio* diversa basata su un diverso significato dell'esposizione per cercare di escludere la lesione del principio di laicità.

Un ulteriore rilievo preliminare: *croce* e *crocifisso* non sono la stessa cosa. Il crocifisso ovviamente è il simbolo comprendente anche il corpo di Cristo crocifisso, mentre la nuda croce ne è priva. E non è inutile sottolineare, visto che si è sostenuta l'universalità del simbolo crocifisso, che ciò non è vero nemmeno nel solo orizzonte cristiano. La gran parte del Protestantesimo, ad esempio, si sente rappresentata dalla Croce ma non dal Crocifisso, che è un simbolo prettamente cattolico.

Un'ultima notazione prima di analizzare il contenzioso sul punto: l'unico simbolo presente in Costituzione e quindi costituzionalmente esigibile come simbolo di unità è il Tricolore di cui all'art. 12 Cost. Non è un caso che il Costituente abbia irrigidito l'emblema nella Nazione nell'ultimo articolo



del titolo denominato Principi fondamentali: come ha scritto Roberto Bin nel suo commento all'art. 12 Cost., la *ratio* è proprio quella di evitare che altri simboli di parte possano essere imposti dalle maggioranze a tutti. Per cui quando si parla di simboli universali, di simboli in cui tutti hanno il *dovere* di riconoscersi, nel nostro ordinamento costituzionale ciò può essere vero solo per il Tricolore.

Il simbolo che rappresenta lo Stato è dunque la bandiera, simbolo di tutti e non di parte.

Potremmo anche sostenere che la foto del Capo dello Stato, in quanto rappresentante dell'unità nazionale, sia un simbolo in cui riconoscersi, così come ovviamente lo sarebbe il testo stesso della Costituzione. Ma solo a questi simboli di unità è attribuibile funzione necessariamente unificante, non ad altri, men che mai a simboli di una particolare religione.

Dalla giurisprudenza costituzionale possiamo trarre qualche insegnamento utile in materia di legittimità dell'esposizione del crocifisso? Certamente sì, anche se purtroppo, come vedremo, la Corte non si è pronunciata "rifugiandosi" nell'inammissibilità della questione l'unica volta che si è trovata a poter dire qualcosa sul punto.

Troviamo comunque vari indici nella giurisprudenza costituzionale che potrebbero far propendere per il contrasto con il principio di laicità dello Stato dell'ostensione istituzionale del crocifisso: ad esempio, nella s.n. 203 del 1989, leggiamo che «in nessun caso il compimento di atti appartenenti (...) alla sfera religiosa, possa essere l'oggetto di prescrizioni obbligatorie derivanti dall'ordinamento giuridico dello Stato»; nella s.n. 334 del 1996 che «la religione e gli obblighi morali che ne derivano non possono essere imposti come mezzo al fine dello Stato»; nella n. 329 del 1997 che la Costituzione

«esclude che la religione possa considerarsi strumentale alle finalità dello Stato e viceversa».

Insomma, da queste pronunce emergono in tutta evidenza il principio della distinzione degli ordini, la laicità intesa come equidistanza e imparzialità e come divieto per lo Stato di usare strumentalmente simboli religiosi. Sulla base di queste considerazioni a me appare piuttosto evidente che l'ostensione istituzionale del crocifisso sia incompatibile con la laicità dello Stato. Ma, come vedremo, la giurisprudenza è divisa sul punto.

Il caso più famoso e che direttamente ci interessa essendo sfociato in sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo è il *Caso Lautsi*, che ha impegnato le più diverse giurisdizioni per una diecina di anni e si è concluso con una decisione apparentemente a favore dell'esposizione del crocifisso ma che in realtà sconfessa pesantemente la ricostruzione dei giudici amministrativi.

La signora Lautsi ricorse per far rimuovere i crocifissi dalle scuole frequentate dai suoi figli, adducendo la lesione che quell'esposizione provocava rispetto a principi costituzionali quali la laicità dello Stato, l'eguaglianza senza distinzione di religione, la libertà religiosa, la libertà educativa dei genitori, l'imparzialità della pubblica amministrazione e anche la lesione dell'art. 9 della C.E.D.U. La sostanza della doglianza era la seguente: se siamo in uno stato laico le aule della scuola pubblica devono essere neutrali, perché lo Stato non ha una propria religione e non può parteggiare, neppure subliminalmente, per una religione particolare esponendone i simboli.

La Lautsi agiva anche argomentando sulla base di una sentenza molto importante della Corte di Cassazione, la senten-

za n. 439/2000 della IV sez. penale. Questa sentenza, scritta da Nicola Colaianni, riguardava un altro caso, quello di uno scrutatore che si era rifiutato di esercitare la propria funzione sulla base del fatto che nei seggi elettorali fosse presente il crocifisso, cosa che secondo lui inquinava l'imparzialità della funzione elettorale. Condannato in primo e secondo grado, fu assolto in Cassazione per essersi rifiutato di svolgere una funzione pubblica obbligatoria perché, secondo la Cassazione, il suo rifiuto era legittimo giacché basato sulla volontà di far rimuovere una lesione di un principio supremo: «il principio di imparzialità si pone come condizione e limite del pluralismo, nel senso di garantire che il luogo pubblico deputato al conflitto tra i sistemi indicati sia neutrale e tale permanga nel tempo ... La rimozione del simbolo del crocifisso da ogni seggio elettorale, che è la condizione a cui l'odierno ricorrente aveva subordinato l'espletamento della funzione di scrutatore – pubblico ufficiale imparziale, si muove lungo questo solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale in termini di laicità e pluralismo, reciprocamente implicantisi». Così statuì la Corte di Cassazione, che nella sua giurisprudenza su altri casi, anche se solo incidentalmente, ha sempre fatto capire di considerare incostituzionale l'ostensione istituzionale del simbolo per poi dirlo esplicitamente nella sentenza a Sezioni Unite del 2021 nel *Caso Coppoli* (anche se poi non ne ha escluso la possibilità di esposizione da parte della comunità scolastica a certe condizioni).

Il Consiglio di istituto si pronunciò rifiutando la richiesta di rimozione della signora, la quale dunque impugnò il diniego dinanzi al giudice amministrativo: la I Sez. del TAR Veneto, cui venne assegnata la causa, sollevò la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni che prevedevano

l'ostensione istituzionale obbligatoria del crocifisso mostrando dunque di ritenere che il complesso normativo risalente agli anni del Fascismo mostrasse effettivamente dei problemi di compatibilità con gli articoli della Costituzione da cui la Corte aveva tratto il Principio di laicità dello Stato.

Ma la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi, escluse di avere giurisdizione in quanto le disposizioni portate alla sua attenzione non possedevano il rango di fonti primarie: con l'ordinanza 389/2004 si dichiarò dunque la questione inammissibile e il giudice delle leggi si guardò bene dal dare qualche indicazione interpretativa, qualche monito, come talvolta ha fatto pur in decisioni di inammissibilità della questione. Si rimane dunque nel dubbio su cosa avrebbe potuto dire la Corte, sia in punto di incostituzionalità, sia in punto di vigenza o meno delle disposizioni portate alla sua attenzione.

La questione tornò dunque al TAR Veneto, ma non alla I sez., bensì alla III: mentre la I sez., sollevando la questione di incostituzionalità, sembrava propendere per la lesione del principio di laicità e quindi avrebbe presumibilmente dovuto accogliere il ricorso annullando il diniego della scuola e imponendo la rimozione dei crocifissi, la III sezione diede una risposta del tutto diversa, considerando legittima l'esposizione alla luce di una vera e propria acrobazia interpretativa.

Il contrasto con il principio di laicità non era sussistente perché il crocifisso non era un simbolo religioso, ma un simbolo culturale, anzi, il simbolo stesso della laicità dello Stato.

Questa conclusione, a mio parere davvero insostenibile, ma c'è chi la pensa diversamente, arrivava dopo un iter argomentativo a tratti tragicomico di cui vi riporto alcuni estratti, perché secondo me sono altamente educativi di come non

vada motivata una decisione giudiziale e di come non vada interpretato il ruolo di magistrato.

Nella sentenza n. 1110/2005 voi potete leggere delle vere e proprie “chicche” come queste: «Il simbolo del crocifisso, così inteso, assume oggi, con il richiamo ai valori di tolleranza, una valenza particolare nella considerazione che la scuola pubblica italiana risulta attualmente frequentata da numerosi allievi extracomunitari, ai quali risulta piuttosto importante trasmettere quei principi di apertura alla diversità e di rifiuto di ogni integralismo». Quasi come a dire: educiamo alla tolleranza gli infedeli con il crocifisso. Chiaro il riferimento ai mussulmani. E abbastanza sconcertante leggere un passaggio del genere in una sentenza dalla quale ci si aspetterebbe un ragionamento giuridico articolato su disposizioni normative in relazione al quesito che il ricorso ha posto.

Ma vi leggiamo anche scampoli non richiesti di analisi storica e teologica di qualità piuttosto dubbia, come ha scritto qualcuno criticando la decisione: «Peraltro, in una visione prospettica, nel nucleo centrale e costante della fede cristiana, nonostante l’Inquisizione, l’antisemitismo e le crociate, si può agevolmente individuare il principio di dignità dell’uomo, di tolleranza, di libertà anche religiosa, e quindi in ultima analisi il fondamento della stessa laicità dello Stato». Lascio a voi giudicare senza aggiungere altro.

Infine vi si legge qualcosa di sconcertante riguardante le argomentazioni giuridiche che la signora Lautsi aveva presentato con il ricorso: esse sarebbero, a detta del giudice amministrativo «opinioni tutte rispettabili, ma in fondo non rilevanti nella causa in esame», con una sorta di invito a farle valere in sede politica e non giurisdizionale.

La Lautsi ovviamente fece ricorso al Consiglio di Stato che confermò la decisione del Tar, pur con una decisione molto più sintetica e asciutta, senza divagazioni inopportune, ma che confermava l'impianto della stessa: ossia, derubricazione del crocifisso a simbolo culturale, universalità dello stesso, simbolo alla fin fine dell'evoluzione storica che ha portato alla laicità, dunque simbolo di laicità.

Per far questo il Consiglio di Stato introduceva una sorta di efficacia cangiante del simbolo a seconda della collocazione: in una chiesa il crocifisso sarebbe un simbolo religioso, in un'aula scolastica potrebbe assumere altra valenza simbolica: «In un luogo di culto il crocifisso è propriamente ed esclusivamente un “simbolo religioso”, in quanto mira a sollecitare l'adesione riverente verso il fondatore della religione cristiana. In una sede non religiosa, come la scuola, destinata all'educazione dei giovani, il crocifisso potrà ancora rivestire per i credenti i suaccennati valori religiosi, ma per credenti e non credenti la sua esposizione sarà giustificata ed assumerà un significato non discriminante sotto il profilo religioso, se esso è in grado di rappresentare e di richiamare in forma sintetica immediatamente percepibile ed intuibile (al pari di ogni simbolo) valori civilmente rilevanti, e segnatamente quei valori che soggiacciono ed ispirano il nostro ordine costituzionale, fondamento del nostro convivere civile. In tal senso il crocifisso potrà svolgere, anche in un orizzonte “laico”, diverso da quello religioso che gli è proprio, una funzione simbolica altamente educativa, a prescindere dalla religione professata».

Una soluzione a mio parere difficilmente sostenibile ma che è quella che si è affermata nella giurisdizione amministrativa e che trova in realtà fondamento in un parere della II sezione del Consiglio di Stato del 1988, a riprova del fatto

che la contiguità fra sezioni consultive e sezioni giurisdizionali non giova all'imparzialità del giudice.

Esauriti i rimedi interni, la Lautsi ricorse alla Corte europea dei diritti dell'uomo, adducendo la violazione dell'art. 9 CEDU (Libertà di pensiero, coscienza e religione), e dell'art. 2 del Protocollo 1 (Libertà del genitore di educare i figli): si chiedeva di far condannare lo Stato italiano che aveva costretto i figli della signora Lautsi a frequentare scuole pubbliche in cui era presente in posizione istituzionale il simbolo del Cattolicesimo, integrando così una fattispecie di proselitismo subliminale a danno di minori in formazione.

Il *Caso Lautsi c. Italia* ha occupato le cronache per un paio d'anni, con reazioni politiche anche violente, a riprova di quanto è difficile comunque per i giudici operare in questa materia.

Dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo il Governo si difendeva sostanzialmente riproducendo le argomentazioni dei giudici amministrativi e facendo notare come non esistesse una nozione di laicità condivisa a livello C.E.D.U., ma fu totalmente sconfessato dalla sentenza della II sez. del novembre 2009 che condannò l'Italia: a parere della Corte, la violazione degli articoli della Convenzione posti a base del ricorso della Lautsi era evidente; si era in presenza di un simbolo religioso, del simbolo della religione maggiormente seguita in Italia, la sua ostensione in posizione istituzionale non poteva che apprezzarsi come maggiore vicinanza al Cattolicesimo da parte dello Stato, specie avendo riguardo al fatto che si era dinanzi a minori il cui senso critico non era ancora pienamente sviluppato. La conclusione fu di rara rudezza: «La Corte non vede come l'esposizione, nelle aule scolastiche delle scuole pubbliche, di un simbolo che è ragionevole associare al cattolicesimo (la religione maggioritaria

in Italia) potrebbe servire il pluralismo educativo che è essenziale alla conservazione di una “società democratica” così come concepita dalla Convenzione, pluralismo che è stato riconosciuto dalla Corte costituzionale nel diritto interno».

Contro questa decisione si scatenò un putiferio: se andate a guardare i giornali dell'epoca o anche qualche video su youtube, troverete politici che si scagliano in maniera assai violenta contro la Corte di Strasburgo (talvolta peraltro confondendo la C.E.D.U. con la Corte di Giustizia dell'U.E....). Il coro fu quasi unanime a riprova del fatto che non siamo in presenza di conflitti fra destra, centro e sinistra; quando si tratta di queste questioni, purtroppo, c'è la gara a chi è più papista del Papa. Il deficit di laicità che viviamo in Italia è un deficit che ha origine proprio in una scarsa laicità delle forze politiche italiane.

Ci fu comunque una reazione anche da parte di moltissimi paesi appartenenti al Consiglio d'Europa, non tanto per la soluzione giuridica del caso, quando per un certo atteggiamento da Corte costituzionale di II grado che la C.E.D.U. sembrava voler assumere con i toni di molte decisioni del periodo. Si invitò dunque la Corte di Strasburgo a maggior prudenza, a rientrare nell'alveo delle sue funzioni sussidiarie, a considerare maggiormente il margine di apprezzamento.

Cosa che non mancò di fare la *Grande Chambre* con la decisione del 2011.

Il Governo presentò ricorso alla Grande Chambre (che come abbiamo detto ha il potere di selezionare i ricorsi e di solito non ne accetta più del 5% all'anno) che decise di decidere considerando la questione importante: e decise nel senso di ribaltare la sentenza della II sezione e di annullare la condanna dello Stato italiano.



Molti commentatori si sono soffermati sull'esito del dispositivo, l'annullamento della condanna, forse senza leggere la motivazione.

In realtà nella motivazione non si trova alcuna sconfessione di quanto stabilito dalla II sezione a livello motivazionale, ma solo una diversa considerazione della presenza o meno della lesione: la *Grande Chambre*, infatti, conferma che siamo in presenza di un simbolo religioso, che siamo in presenza di un simbolo di maggioranza, che la presenza di questo simbolo può significare maggiore vicinanza dello Stato al Cattolicesimo.

Quindi piena sconfessione dell'impianto argomentativo del giudice amministrativo basato viceversa sulla teoria del "simbolo culturale universale".

Ma la Corte salva poi l'Italia dalla condanna riconoscendo il margine di apprezzamento sulla base del fatto che non essendo l'ora di religione obbligatoria ed essendo lo spazio scolastico aperto e pluralistico, la presenza di un simbolo religioso "passivo" come il crocifisso non necessariamente portasse alla lesione dei diritti della Lautsi e dei suoi figli che avrebbero dovuto dimostrare la lesione, cosa che a parere della Corte non avevano fatto. Un peso molto forte nel riconoscere il margine di apprezzamento ha avuto anche, nell'ordito motivazionale, la constatata assenza del principio di laicità all'interno della Convenzione: la Corte ha posto l'accento sulle diverse declinazioni in materia di rapporti fra diritto e religione presenti fra gli Stati del Consiglio d'Europa e ha valorizzato questo aspetto ritenendo di non potersi basare su dati univoci che andassero nella direzione di un divieto di esposizione istituzionale *tout court* alla luce della Convenzione. In particolare nelle opinioni concorrenti si pone l'accento

su questo dato, ma si afferma anche che qualora la laicità fosse stato un parametro C.E.D.U. allora la decisione avrebbe dovuto essere di condanna.

Una sorta di decisione “processuale”, margine di apprezzamento dello Stato e assenza di prova della lesione, basata sulla diversa considerazione del simbolo: mentre per la II sez. si trattava di un simbolo religioso ostensivo forte (così come per l’opinione dissenziente del Giudice Malinverni), per la Grande Chambre era un simbolo religioso passivo.

Lascio a voi giudicare la persuasività di questa asserzione, che a me non ha mai convinto: non vedo come si possa considerare passivo un simbolo, visto che un simbolo è qualcosa che significa, se non significasse qualcosa non potrebbe avere portata simbolica. E non vedo come possa considerarsi passivo un simbolo che rappresenta forse l’elemento maggiormente importante della teologia cattolica, ossia la Passione di Cristo. Ma tant’è, così ha statuito la CEDU e così, salvo mutamenti giurisprudenziali, non è possibile ottenere giustizia in quella sede.

Restava comunque impregiudicato nell’ordinamento interno il problema della costituzionalità o meno dell’ostensione istituzionale del crocifisso, cosa confermata peraltro da un passo della Grande Chambre che fa riferimento proprio alla diversa posizione del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione. E come accennato le Sezioni Unite della Cassazione hanno alla fine esplicitato che i regi decreti degli anni ‘20 sono incostituzionali nella parte in cui assumono come autoritativa e istituzionale l’esposizione del crocifisso mentre possono essere interpretati in maniera costituzionalmente conforme se viceversa la presenza del simbolo è espressione di un bisogno proveniente dalla comunità scolastica e ci sia

stato un procedimento di conciliazione riguardo a eventuali dissenzienti che porti al limite all'esposizione di più simboli o all'esposizione del simbolo non alle spalle dell'insegnante e quindi non in posizione istituzionale.

### 3. L'IMPATTO DELLA C.E.D.U. SUL SISTEMA CONCORDATARIO E LA VALORIZZAZIONE DEL GIUSTO PROCESSO: IL CASO PELLEGRINI E IL CASO LOMBARDI VALLAURI

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di pronunciarsi su altri due "casi italiani" piuttosto significativi che ci consentono di illustrare brevemente due istituti presenti nell'assetto concordatario delle relazioni fra Stato italiano e Chiesa cattolica: si tratta dell'istituto del matrimonio concordatario e del suo regime di nullità e dell'istituto del "gradimento" necessario per poter insegnare all'Università cattolica.

Partiamo dalla materia matrimoniale, che è materia nella quale si vede molto bene che la distinzione degli ordini spirituale e temporale dipende in buona sostanza alla fine da rapporti di forza: la materia matrimoniale è sicuramente una materia che la Chiesa Cattolica ha sempre rivendicato come propria. Ciò non ha però impedito a un certo punto allo Stato di appropriarsene e addirittura di rendere il matrimonio civile l'unico produttivo di effetti nell'ordinamento: dal 1865 al 1929, infatti, l'unico matrimonio valido per lo Stato era quello civile e per paradosso questo avrebbe potuto provocare conflitti di lealtà ordinamentale per la quasi totalità della popolazione; altrettanto paradossalmente con i Patti lateranensi alla fine si operò un accomodamento ragionevole, nozione che di solito si applica ai bisogni delle minoranze,

non certo a quelli della stragrande maggioranza, quasi totalità all'epoca, della popolazione.

Nel 1929 fu per l'appunto introdotto nel nostro ordinamento il matrimonio concordatario: un matrimonio religioso al quale, se sono osservate determinate condizioni, vengono riconosciuti effetti civili. Oggi la materia è disciplinata dall'art. 8 del nuovo Concordato, reso esecutivo dalla l. n. 121 del 1985 e dalle disposizioni ancora in vigore della legge matrimoniale del 1929.

Particolarità che riguarda solo il matrimonio concordatario (gli altri matrimoni religiosi con effetti civili previsti dalle leggi sulla base di intese non hanno questa caratteristica) è l'aver sancito un sistema di duplicità di giurisdizione per quanto riguarda il regime di nullità dell'atto di matrimonio: le sentenze di nullità emanate dal giudice ecclesiastico sulla base del diritto canonico possono infatti essere produttive di effetti civili nel nostro ordinamento.

E proprio riguardo a questo punto il sistema ha conosciuto momenti di crisi che poi sono sfociati dinanzi alla C.E.D.U. nel *Caso Pellegrini c. Italia*.

La premessa necessaria è l'interpretazione che era stata data alle disposizioni che consentivano l'ingresso delle sentenze di nullità matrimoniale canonica nel nostro ordinamento: sino al 1982 si riteneva infatti che l'ingresso fosse pressoché automatico, considerandosi il giudizio di delibazione da parte del giudice italiano come meramente notarile. Su questo assetto, che stava probabilmente per essere messo in discussione dalle trattative per il nuovo concordato, arrivò la netta bocciatura della Corte costituzionale.

Con la sentenza n. 18 del 1982 il giudice delle leggi sancì l'illegittimità dell'assetto concordatario che trovava la sua

fonte nell'art. 34 del Concordato e nella legge matrimoniale di attuazione dello stesso. Fu la prima e unica volta che la Corte dichiarò incostituzionale una disposizione concordataria alla luce dei principî supremi dell'ordinamento costituzionale che la stessa aveva indicato quali parametro per il sindacato sulle disposizioni dei Patti lateranensi con le sentenze n. 30, 31 e 32 del 1971.

In particolare la Consulta individuò nella tutela giurisdizionale dei diritti garantita dall'art. 24 Cost. (oggi aggiungerebbe il novellato art. 111) e nella nozione di ordine pubblico, come impossibilità per lo Stato di abdicare interamente alla propria giurisdizione ricavata dagli art. 1 e 7, primo comma, Cost., i due principî supremi vulnerati dall'assetto bilaterale riguardante il regime di nullità del matrimonio concordatario: l'automatica efficacia delle stesse nell'ordinamento italiano (previo mero accertamento della regolarità formale della documentazione trasmessa dall'ordinamento canonico) eludeva infatti le due fondamentali esigenze che il giudice italiano è tenuto a soddisfare prima di dare ingresso a provvedimenti di organi giurisdizionali ad esso estranei, cioè l'effettivo controllo che nel procedimento dal quale è scaturita la sentenza siano stati rispettati il diritto di agire e di difendersi in giudizio e la conformità della stessa sentenza all'ordine pubblico italiano.

Il giudizio di delibazione da parte della Corte d'appello, ora normato dall'art. 8 comma 2 della l. n. 121 del 1985, già dal 1982 andava dunque inteso come effettivo controllo che nell'ordinamento canonico, in punto di dichiarazione di nullità matrimoniale, esistesse un vero e proprio processo comparabile con quello dell'ordinamento italiano, in assenza del quale era impedito di dare effetti civili alla stessa.

Il *Caso Pellegrini*, la sentenza arrivò nel 2001, dimostrò comunque come fosse sempre necessario vigilare sulla corretta delibazione da parte del giudice interno e a questo proposito la C.E.D.U. svolse sostanzialmente un'attività di accertamento di una cattiva delibazione: la signora Pellegrini aveva proposto dinanzi al Tribunale di Roma una procedura di separazione personale, che avrebbe dovuto poi essere la premessa di una richiesta di divorzio, che si era conclusa col versamento in suo favore di una somma mensile a titolo di mantenimento.

Il marito, che voleva evidentemente eludere i suoi obblighi alimentari facendo dichiarare nullo il matrimonio prima che intervenisse la sentenza di divorzio (è questo uno dei molti casi di utilizzazione truffaldina del regime di nullità del matrimonio concordatario), reagì instaurando un procedimento dinanzi al giudice canonico chiedendo che il matrimonio concordatario fosse dichiarato nullo. Bisogna considerare che in quel periodo per un divorzio occorrevo quasi 10 anni e che la speditezza del "processo" canonico consentiva di arrivare prima e di evitare la possibilità di assegno divorzile facendo dichiarare nullo il matrimonio.

La signora venne citata a comparire davanti al tribunale ecclesiastico per essere interrogata sulla sua unione matrimoniale e di fatto non le venne garantito né il diritto di difesa né il contraddittorio (la chiamarono al telefono per convocarla all'udienza, venne interrogata senza la presenza di un difensore ecc.); il procedimento si concluse rapidamente, in meno di due anni, con una dichiarazione di nullità.

La Pellegrini provò allora in sede di delibazione della sentenza di nullità a far applicare l'art. 8, comma 2, del nuovo Concordato che recepiva le indicazioni della s. n. 18 del

1982 della Corte costituzionale, ma né la Corte d'appello, né successivamente la Corte di Cassazione ebbero alcunché da ridire sul rispetto dei principî del giusto processo nel procedimento dinanzi al giudice ecclesiastico.

La signora presentò dunque ricorso alla C.E.D.U. che in buona sostanza verificò quello che il giudice italiano aveva mancato di verificare: nel *Caso Pellegrini* vi era stata la totale assenza di rispetto dei diritti di difesa, la totale assenza delle garanzie minime di contraddittorio. Tutto ciò era incompatibile con l'art. 6 della Convenzione e di conseguenza l'Italia venne condannata al risarcimento del danno: in particolare la Corte fece notare che i giudici italiani non sembrano aver attribuito importanza alla circostanza che la ricorrente non aveva avuto la facoltà di avere conoscenza degli elementi allegati dal suo ex marito e dai – pretesi – testimoni, allorquando il diritto ad una procedura in contraddittorio implica che ogni persona che sia parte in un processo, penale o civile, deve in via di principio avere la facoltà di prendere conoscenza e di discutere ogni atto del processo o delle osservazioni presentati al giudice in vista di influenzare la sua decisione; inoltre, la ricorrente avrebbe dovuto essere messa nelle condizioni di beneficiare dell'assistenza di un avvocato e le giurisdizioni ecclesiastiche avrebbero dovuto presumere che la Pellegrini, che non aveva l'assistenza di un avvocato, ignorasse la giurisprudenza in materia di patrocinio nelle procedure canoniche; posto che la ricorrente era stata citata a comparire davanti al tribunale canonico senza sapere di che cosa ivi si trattasse, spettava al predetto tribunale di informarla della sua facoltà di avvalersi dell'assistenza di un avvocato prima che essa rendesse l'interrogatorio. L'assenza di un processo equo ai sensi dell'art. 6 della Convenzione era quindi manifesta.

Da notare che in questo caso la condanna fu il frutto in buona sostanza del mancato rispetto dello stesso Concordato da parte del giudice della delibazione e come vi sia piena identità fra il principio del giusto processo interno e quello convenzionale. Forse non è un caso che le uniche due condanne in materia l'Italia le abbia avute proprio per violazione di questo parametro "procedurale", quasi che in materia di rapporti fra diritto e religione fosse più praticabile un sindacato basato su questo elemento certamente più neutro rispetto al parametro sostanziale rappresentato dall'art. 9.

Il *Caso Pellegrini* faceva comunque emergere anche un altro problema riguardante il regime di nullità del matrimonio concordatario: si trattava infatti di un matrimonio ultraventennale dichiarato nullo. Qualora nell'ordinamento canonico fosse stato rispettato il giusto processo risultava comunque possibile porre nei nulli matrimoni lunghissimi, con tutte le conseguenze radicali derivanti dal regime della nullità. Questa situazione era manifestamente foriera di usi strumentali dell'istituto per eludere le responsabilità alimentari fra coniugi cessato il rapporto, per cui negli ultimi anni la Corte di Cassazione (Sezioni Unite del 2014) ha posto limiti temporali alla delibabilità delle sentenze di nullità matrimoniale canonica, individuando nei tre anni di convivenza effettiva una situazione che rende impossibile poi fornire di effetti civili la nullità dichiarata nell'ordinamento canonico (sembra però che altre sentenze successive stiano consolidando un orientamento che tende a prevedere eccezioni rispetto al termine di tre anni).

L'altro caso riguardante un istituto concordatario che si è concluso con la condanna dell'Italia è stato il *Caso Lombardi Vallauri*.



Questo caso ha però un “antenato” che aveva dato luogo a una sentenza della Corte costituzionale, il famoso *Caso Cordero*, per cui è da lì che occorre partire per meglio comprendere e l’istituto e la vicenda successiva: all’art. 38 del Concordato del 1929 si leggeva che «Le nomine dei Professori dell’Università Cattolica del S. Cuore e del dipendente di Istituto di Magistero Maria Immacolata sono subordinate al nulla osta da parte della Santa Sede, diretto ad assicurare che non vi sia alcunché da eccepire dal punto di vista morale e religioso». La posizione giuridica dei professori dell’Università Cattolica del Sacro Cuore era dunque quella di una subordinazione, per poter insegnare in una università pubblica, al nullaosta da parte di un’autorità esterna rispetto a quella statale.

Al Prof. Franco Cordero, eminente processual-penalista che insegnava anche filosofia del diritto, venne revocato il nulla-osta in ragione della pubblicazione di un libro, *Gli osservanti*, che evidentemente non era piaciuto alla Santa Sede. Da sottolineare che stiamo parlando di una facoltà di giurisprudenza di un’università pubblica, di un docente di diritto, non di un insegnante di religione o di una scuola privata cattolicamente orientata.

Cordero fece ricorso al Consiglio di Stato (eravamo infatti in un momento antecedente la legge di istituzione dei T.A.R. nel nostro ordinamento) lamentando la violazione di numerose disposizioni costituzionali e il giudice amministrativo sollevò la questione di legittimità costituzionale sull’articolo 38 del Concordato. La decisione arrivò nel 1972, in un momento in cui la Corte costituzionale aveva, l’anno prima, dichiarato di poter sindacare le norme concordatarie alla luce dei principi supremi.

La difesa dell'Università Cattolica si fondava in particolare sulla previsione del terzo comma dell'articolo 33 cioè sulla possibilità di enti e privati di istituire scuole cattolicamente orientate.

La difesa di Cordero adduceva invece la lesione dei principî supremi dell'ordinamento costituzionale (libertà di pensiero, libertà d'insegnamento) e faceva altresì notare come fosse fuori fuoco l'argomentazione basata sull'art. 33 comma 3 dal momento che l'Università Cattolica era una persona giuridica di diritto pubblico, quindi un ente pubblico anche se non statale. In buona sostanza ci si chiedeva come fosse possibile che potessero coesistere la funzione pubblica e l'orientamento ideologico di parte.

La Corte, con la sentenza n. 195 del 1972, dette ragione all'Università cattolica con una sentenza scarna e superficiale che mancò di interrogarsi sui nodi chiave che avrebbero potuto e dovuto portare a una decisione di segno diverso. In particolare la Consulta sposò la tesi della difesa della Cattolica secondo la quale la possibilità data dall'art. 33, comma 3, di fondare Università ideologicamente orientate avrebbe comportato che in queste università il valore della libertà di insegnamento del singolo docente fosse recessivo per salvaguardare la tendenza dell'ente. In buona sostanza, dunque, l'articolo 38 non solo non era incostituzionale, ma anzi costituiva il fisiologico sviluppo del terzo comma dell'articolo 33.

Molte e fondate critiche sono state mosse a questa decisione: in primo luogo questa decisione era in molte parti apodittica, mancando di dimostrare proprio la base normativa che si voleva far valere; in particolare non si può non constatare che l'art. 33, comma 3, parli di scuola e non di Università e che l'Università sia viceversa oggetto della prescrizione di cui al comma 6. E svincolare l'Università dalla piena libertà

di insegnamento e di ricerca da parte di chi vi opera sembra essere una contraddizione in termini.

Che poi una persona giuridica di diritto pubblico possa al contempo essere un'organizzazione di tendenza è tutto da dimostrare, essendo la funzione pubblica connotata dal principio di laicità. Ed essendo un impiego pubblico ovviamente valgono le regole di cui all'art. 51 Cost. che esclude che possa esserci un limite di tipo religioso alle assunzioni e alla permanenza in servizio.

Al di là di questi rilievi decisivi, certo è che la Corte mancò del tutto nel porre quanto meno cautele processuali che non consentissero un uso distorto della revoca del gradimento (che poteva essere se non sindacata la scusa per licenziare *ad nutum*).

Proprio in relazione a questa assenza di cautele l'Italia è poi stata condannata dalla C.E.D.U. nel successivo *Caso Lombardi Vallauri*.

Partiamo da alcune differenze di carattere formale fra i due casi: la prima è che nel frattempo era cambiata la base normativa dell'istituto, presente oggi nell'art. 10, comma 3, del Concordato del 1984: «Le nomine dei docenti dell'Università Cattolica del Sacro Cuore e dei dipendenti istituiti sono subordinate al gradimento, sotto il profilo religioso, della competente autorità ecclesiastica». Come si vede una formula diversa ma che poi le parti nel protocollo addizionale si erano impegnate a interpretare come la vecchia e alla luce della sentenza del 1972 della Corte costituzionale (menzione abbastanza impropria che tendeva a cristallizzare una giurisprudenza sempre modificabile). La seconda differenza aveva a che fare con la posizione giuridica di Lombardi Vallauri, che era docente a contratto, un

contratto che era stato messo a bando più volte e che per più di venti anni era stato attribuito a lui.

Non cambiava però il motivo per il quale a un certo punto il gradimento venne ritirato: l'aver manifestato in alcuni scritti posizioni che la Santa Sede aveva considerato incompatibili con la tendenza dell'ente. Si era dunque dinanzi al medesimo "campo da gioco", ossia quello della restrizione della libertà di insegnamento e anche della libertà di manifestazione del pensiero da parte del docente sottoposto a gradimento.

Lombardi Vallauri impugnò dinanzi al T.A.R. Lombardia e al Consiglio di Stato il provvedimento con il quale l'Università cattolica non lo aveva preso in considerazione per l'ennesimo contratto di insegnamento perché mancante di gradimento e i giudici interni furono lapidarii: da una parte si rifugiarono dietro il pessimo precedente rappresentato dalla sentenza della Corte costituzionale nel *Caso Cordero* escludendo che la disposizione concordataria potesse essere incostituzionale; dall'altro esclusero di poter sindacare un provvedimento proveniente da un ordinamento altro in virtù del principio di distinzione degli ordini.

La difesa del Professore nel ricorso dinanzi alla C.E.D.U. evocò la lesione di molteplici parametri, tra cui gli artt. 6, 9 e 10 (giusto processo, libertà di pensiero, libertà di manifestazione del pensiero), ma ebbe l'accortezza di evitare un'ottica troppo sostanzialistica puntando sulla dimensione procedurale delle garanzie, memore della sentenza nel *Caso Pellegrini* che aveva proprio statuito la necessità di controlli rigorosi da parte del giudice interno nel caso in cui si volesse dare efficacia civile a provvedimenti nascenti dall'ordinamento religioso (anche proprio in ragione del fatto che quegli ordinamenti non avevano sottoscritto la Convenzione).

Questa operazione argomentativa ebbe pieno successo e l'Italia venne condannata: la Corte sottolineò anzitutto come si stesse parlando di un rapporto di impiego presso una persona giuridica pubblica; poi insistette sulla necessità di un sindacato che dimostrasse che fosse stato rispettato il principio del contraddittorio nell'ordinamento da cui proveniva la revoca del gradimento; infine sottolineò come si dovesse anche operare un giudizio particolarmente rigoroso sul legame fra le opinioni espresse dal professore e il suo insegnamento presso l'ente.

La II sez. della C.E.D.U., negli stessi giorni della condanna nel *Caso Lautsi*, statui che il giudice italiano avesse completamente mancato di esercitare questo sindacato: a Lombardi Vallauri non era stato reso noto il motivo della revoca del gradimento, ma solo comunicato oralmente dal Cardinale Pio Laghi che non l'avrebbe più avuto, e il giudice italiano nel dare statuizione civile a quell'atto aveva ignorato le necessità nascenti dalla tutela del principio di libertà di manifestazione del pensiero e del principio del giusto processo.

Pur non mettendo in discussione l'istituto concordatario del gradimento, la C.E.D.U. ha dunque circondato di garanzie processuali il suo esercizio, che quindi diventa sindacabile, non nel merito ma nella sua forma e nell'accertamento della dimostrazione del nesso fra opinioni espresse e riverbero delle stesse sulla tendenza dell'ente. Un esito dunque molto simile a quello del *Caso Pellegrini* che dimostra come, su queste materie, per la Corte sia più facile condannare se si rimane sul piano procedurale delle garanzie minime di un processo equo.

#### 4. IL CASO PIÙ RECENTE: L'EDUCAZIONE RELIGIOSA DEL MINORE IN CASO DI DISACCORDO FRA I GENITORI

Concludiamo il nostro percorso con la recentissima sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *T.C. c. Italia* del 19 maggio 2022: questa decisione ci consente anche di svolgere alcune riflessioni riguardanti la posizione del minore in rapporto alla libertà religiosa e in rapporto alla libertà educativa dei genitori.

La problematica è ormai classica, a partire dal famoso caso che sul finire degli anni '40 del '900 animò il dibattito nella dottrina italiana: il Tribunale di Ferrara, in quell'occasione, affidò la prole alla madre in quanto il padre fu definito dallo stesso organo giudicante "ateo impenitente". Ovviamente qualsiasi decisione di questo tipo nei rapporti familiari non può che urtare contro il principio di laicità dello Stato che non consente ai pubblici poteri di discriminare tra i soggetti sulla base dell'orientamento religioso o areligioso, anche in ragione del fatto che ormai il principio dell'affido condiviso è la regola e dovrebbe dunque comportare la perfetta parità di diritto di illustrare le proprie convinzioni alla prole. Tuttavia, la presenza del principio del miglior interesse del minore e una tendenza piuttosto conformista della giurisprudenza in materia tende ancor oggi a perpetuare decisioni che vanno nel senso di accordare una preferenza al genitore cattolico o comunque a garantire che il percorso cattolico intrapreso non venga turbato con altri messaggi di segno diverso. In particolare negli ultimi anni molteplici sono state le statuizioni che sono andate nel senso di impedire o quanto meno di rendere difficoltoso al genitore di diverso orientamento, quasi sempre appartenente

ai Testimoni di Geova, di comunicare il proprio bagaglio culturale religioso ai figli, con la “scusa” di salvaguardare la continuità educativa e la serenità del minore.

Proprio dall’ennesimo caso riguardante un genitore Testimone di Geova sono nati i ricorsi che hanno portato a questa decisione della C.E.D.U, che è comunque una decisione che respinge il ricorso e dunque non condanna l’Italia, anche se sono presenti opinioni dissenzienti nella decisione.

Ma cominciamo dalla vicenda e dalle decisioni dei giudici interni: nel settembre 2006, il ricorrente aveva avuto una figlia dalla relazione con la madre; nel 2008 la coppia si separò e dopo la separazione il ricorrente iniziò a frequentare le riunioni dei Testimoni di Geova, per poi aderire a tale movimento religioso nel 2011. All’epoca, il ricorrente era solito far assistere la figlia alle funzioni religiose due o tre volte al mese.

Nel 2013, a seguito di contrasti tra i genitori in merito all’affidamento e al diritto di visita della figlia, la madre avviò un procedimento di volontaria giurisdizione innanzi al tribunale di Livorno, sostenendo che il padre aveva coinvolto la figlia nelle pratiche dei Testimoni di Geova senza il suo consenso. Il padre replicò che la figlia non aveva ricevuto un’educazione cattolica, dal momento che la stessa madre non era mai stata una cattolica praticante. Sentita dal tribunale, la figlia aveva espresso il suo disagio per il fatto che il padre la facesse assistere alle funzioni religiose dei Testimoni di Geova; allo stesso tempo affermava che i commenti della madre sulle scelte religiose del padre la disturbavano e che era stata a messa solo in due occasioni.

Nel marzo 2014, il tribunale disponeva l’affido condiviso riconoscendo il diritto del ricorrente di trascorrere con la figlia

almeno 12 giorni al mese. Quanto all'educazione religiosa i servizi sociali furono incaricati di valutare l'impatto delle attività religiose – sia del padre sia della madre – sulla minore.

Nel luglio 2014, il ricorrente acconsentì a che sua figlia ricevesse la prima comunione richiedendo, al contempo, che le fosse consentito frequentare le riunioni dei Testimoni di Geova. La madre si oppose a questa richiesta. Data l'inattività dei servizi sociali, il tribunale nominò un esperto per valutare l'influenza delle attività religiose dei genitori sulla bambina. Nella relazione finale dell'esperto fu evidenziato che i differenti orientamenti religiosi dei genitori non erano, di per sé, dannosi per la figlia. Tuttavia, il coinvolgimento della stessa nelle attività religiose del padre senza il consenso della madre, unitamente all'aver imposto alla figlia tale partecipazione, modificando le abitudini di vita della minore, erano da ritenersi per lei pregiudizievoli. In definitiva, pur giudicando opportuno che entrambi i genitori si astenessero dal coinvolgere nelle rispettive scelte religiose, l'esperto concludeva che sarebbe stato contrario all'interesse della minore non consentirle di partecipare ad attività di orientamento cattolico. Tali conclusioni erano motivate da specifici elementi, quali il fatto che la figlia aveva ricevuto il battesimo cattolico, nonché la circostanza per cui il cattolicesimo era la religione praticata nel contesto sociale in cui era inserita.

Con decisione del gennaio 2015, il Tribunale inibiva, quindi, al ricorrente di coinvolgere la figlia nella propria scelta religiosa. Nel febbraio 2016, a seguito dell'appello proposto dal ricorrente, la corte d'appello di Firenze confermò la decisione di primo grado, chiarendo – tuttavia – che l'inibitoria contenuta nel dispositivo della stessa non precludeva al padre di esternare alla figlia le proprie convinzioni religiose.



Il padre propose allora ricorso per cassazione che venne rigettato nel maggio 2018.

Come si può vedere, si tratta di un classico caso di conflitto fra genitori che scaricano le proprie tensioni sui figli, ma anche un classico caso nel quale non troppo velatamente si dà un giudizio negativo su una delle scelte religiose in campo, tendendo a privilegiare la religione di maggioranza.

Esauriti i rimedi interni presentò ricorso alla C.E.D.U. lamentando la violazione del suo diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8) e della sua libertà di religione (art. 9), da soli e in combinato disposto con l'art. 14 CEDU (Divieto di discriminazione) e l'art. 5 del Protocollo n. 7 della Convenzione (Eguaglianza tra coniugi), nonché l'eccessiva durata del procedimento, che avrebbe compromesso la sua relazione con la figlia.

La decisione della Corte è stata nel senso di considerare legittimo l'operato dei giudici interni, che avrebbero ben considerato l'interesse del minore: in particolare nella sentenza si fa notare che la decisione delle autorità nazionali di vietare al ricorrente di coinvolgere la figlia nella propria scelta religiosa è stata adottata allo scopo precipuo di tutelare l'interesse della figlia, garantendo che la sua crescita avvenisse in un contesto sereno e quanto più possibile rispettoso dei diritti di entrambi i genitori. La misura adottata avrebbe, da un lato, inciso in modo assai poco significativo sulle attività religiose del ricorrente; dall'altro, non avrebbe comportato alcuna limitazione dei suoi diritti di custodia e visita. Si sottolinea inoltre come i giudici interni si siano completamente astenuti dal fondare le loro decisioni su un ragionamento astratto legato alla religione del ricorrente, mentre hanno motivato la loro decisione principalmente

con riferimento al comportamento del ricorrente che ha teso a nascondere alla madre il coinvolgimento della figlia nelle attività dei Testimoni di Geova.

Pertanto, da questo punto di vista si esclude che possa esserci stata violazione degli art. 8 e 14 della Convenzione.

La decisione ha di certo una sua plausibilità, in ragione della difficoltà e della delicatezza delle distinzioni in questo ambito, ma presenta degli aspetti problematici che sono stati ben messi in evidenza nelle opinioni concorrenti e dissenzienti che andiamo brevemente a esaminare e che ci consentono di chiudere il discorso riguardo alla ricchezza argomentativa – che concorre a lasciare aperte le porte a soluzioni diverse – che si riscontra spesso nelle decisioni della C.E.D.U.

Nella ricca opinione concorrente del giudice Sabato si fa in particolare notare come, non valorizzando in questa decisione il parametro di cui all'art. 9 della Convenzione, si sia persa l'occasione per cominciare a delineare con più chiarezza il tema del diritto alla libertà religiosa del minore in contrapposizione rispetto al diritto di libertà educativa dei genitori: infatti, sostiene il giudice, i quattro principi guida – non discriminazione, interesse superiore del bambino, diritto alla vita e allo sviluppo e diritto di essere ascoltato – sono, insieme alla panoplia di diritti e libertà individuali dei bambini riconosciuti in tale convenzione, in evidente tensione con i diritti dei genitori, una tensione che raggiunge l'apice nell'area della libertà di pensiero, coscienza e religione dal momento che questa è l'area che di solito viene vista come oggetto del ruolo educativo dei genitori. Il riconoscimento di un diritto o di una libertà indipendente per il bambino (soprattutto quando il diritto è legato alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione) potrebbe comportare la sottrazione – almeno

in parte e in alcune circostanze – del corrispondente diritto o libertà ai genitori, il cui ruolo educativo è ancora visto come il veicolo per esercitare i propri diritti o libertà. Quando l'esercizio dei diritti o delle libertà dei genitori riguarda l'educazione religiosa dei figli (compresa la libertà di non impartire alcuna educazione religiosa o di impartire un approccio ateo o agnostico alla vita), questo è tradizionalmente visto come un modo per i genitori di manifestare le proprie convinzioni religiose. Ottica che secondo il giudice va cambiata nel senso di partire sempre e pienamente dalla posizione soggettiva in capo al minore, seppure diversamente modulabile in ragione dell'età. Applicando comunque questo modo di ragionare al caso di specie il giudice non ha potuto che rilevare che la bambina era stata sentita nel procedimento e che quindi i giudici ben avevano operato cercando di contemperare le posizioni in campo.

La decisione si chiude poi con le opinioni dissenzienti dei giudici Paczolay e Felici. Ciò a ulteriore dimostrazione di quanto si diceva in apertura, ossia della difficoltà di prendere decisioni in questa materia che non presentino criticità.

Per questi giudici infatti, attraverso questa decisione si è dato rilievo, seppur indirettamente, a un giudizio negativo su una delle due religioni in campo: le convinzioni religiose del ricorrente e il suo modo di esprimerle avrebbero avuto un'influenza diretta sull'esito delle decisioni dei tribunali nazionali e la misura disposta dai tribunali nazionali non sarebbe stata proporzionata, sebbene perseguisse l'obiettivo legittimo di proteggere l'interesse superiore della figlia. Dalle decisioni dei tribunali nazionali emergerebbe infatti che la religione del ricorrente ha avuto un'importanza decisiva per l'esito del caso. I giudici si sarebbero appiattiti su un'idea di non turba-

mento delle abitudini della minore non considerando il fatto che la stessa aveva frequentato eventi religiosi e partecipato ad attività religiose con il padre fin dall'età di tre anni, e che la nuova moglie del padre fosse anch'essa praticante la stessa religione. Di conseguenza, l'ambiente sociale della figlia, che frequentava regolarmente il padre, era ugualmente legato anche ai Testimoni di Geova.

I due giudici sottolineano anche un altro aspetto rilevante non condividendo l'idea secondo cui l'adesione alle abitudini e alle pratiche di una religione esclude automaticamente la partecipazione alle attività di una confessione diversa, soprattutto nel caso di una bambina piccola, che deve ancora sviluppare appieno il suo pensiero critico in materia di religione. Nel ritenere che non sarebbe stato nell'interesse della minore essere coinvolta in una religione diversa dal cattolicesimo romano, sulla base del fatto che era abituata alla Chiesa cattolica a causa del contesto familiare e sociale in cui era cresciuta e viveva, le decisioni nazionali sembrano mostrare un pregiudizio nei confronti della religione del padre, con conseguente differenza di trattamento discriminatoria. Le decisioni dei giudici interni infatti, motivate con l'intento di salvaguardare un ambiente aperto e pacifico per l'educazione della minore, hanno finito per determinare una riduzione dell'apertura, non consentendo al padre di trasmettere pienamente il proprio bagaglio cultural-religioso alla figlia.

Questa opinione è rafforzata dal fatto che, a parere dei due giudici, non fosse stato minimamente dimostrato che le pratiche della religione del padre avessero provocato o potuto provocare pericoli per la serenità della bambina. In buona sostanza i giudici si sarebbero appiattiti sui pregiudizi ben presenti nella società italiana, e non solo in essa, sulla reli-

gione dei Testimoni di Geova senza andare a cercare riscontri obiettivi che consentissero di affermare ciò che si affermava.

Come vedete, questa decisione è particolarmente significativa perché fa emergere una pluralità di opinioni diverse sull'applicazione delle stesse disposizioni agli stessi fatti all'interno di un unico organo giudicante. Una bella lezione di pluralismo e di invito alla laicità intesa anche come invito ad abbandonare i pregiudizi e a essere sempre disposti a rivedere le proprie convinzioni, applicando prudentemente ai casi le norme giuridiche, specie in relazioni ad ambiti così delicati e così controvertibili.

Chiudiamo proprio con le parole dei due giudici dissenzienti: il pluralismo si fonda su un autentico riconoscimento e rispetto della diversità e delle dinamiche delle tradizioni culturali, delle identità etniche e culturali, delle credenze religiose e delle idee e dei concetti artistici, letterari e socioeconomici. L'interazione armoniosa di persone e gruppi con identità diverse è essenziale per raggiungere la coesione sociale. Il rispetto della diversità religiosa rappresenta senza dubbio una delle sfide più importanti da affrontare oggi; per questo motivo, le autorità devono percepire la diversità religiosa non come una minaccia ma come una fonte di arricchimento.

Nelle difficoltà di far convivere i diversi che presentano le odierne società multiculturali e multireligiose contemporanee sembra proprio che l'unica bussola efficace possa essere questo invito alla laicità come equidistanza e imparzialità, ma anche come promozione del dialogo. In questo contesto, l'opera della Corte europea dei diritti dell'uomo, che abbiamo sommariamente tratteggiato in relazione ai "casi italiani", può avere un sicuro impatto grazie in particolare alla ricchezza delle opinioni che può promuovere a far circolare.

# The Challenges of Freedom of Religion in Slovenia

MATEJ AVBELJ<sup>\*\*\*</sup>

TABLE OF CONTENTS: 1. INTRODUCTION. – 2. SLOVENIA AS A CONSTITUTIONAL DEMOCRACY. – 3. FREEDOM OF RELIGION AND CONSCIENCE. – 4. SEPARATION OF RELIGIOUS COMMUNITIES FROM THE STATE. – 5. CRITICAL ASSESSMENT OF THE APPLICATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S JURISPRUDENCE IN PRACTICE. – 6. CONCLUSION.

## I. INTRODUCTION

The Republic of Slovenia won its independence in 1991, cutting its ties with the Socialist Federal Republic of Yugoslavia which subsequently collapsed as a result of econom-

---

\* Full Professor of European Law at the Nova Univerza (Slovenia).

\*\* This text previously appeared in Slovenian as Matej Avbelj, Svoboda vere in vesti v ustavni demokraciji in Bogdan Kolar (ed), *Ius est ars recti et boni: [miscellanea in honorem P. Viktor Papež OFM octogenarii]* = Pravo je umetnost pravičnega in dobrega : ob osemdesetletnici p. Viktorja Papeža OFM. Ljubljana: Salve, 2023. p. 11-24. This an amended English version. This chapter was also prepared in the framework of the Jean Monnet Chair of the New University on Pluralism in the EU, co-funded by the European Union.

ic unviability, political and ethnic tensions, and ultimately: civil war. As stated by the Basic Constitutional Charter on the Sovereignty and Independence of Slovenia, a Yugoslav federation did «not function as a state governed by law and that within it human rights, national rights, and the rights of the republics and autonomous provinces [were] grossly violated»<sup>1</sup>. Among those rights that were, in particular, under attack by the communist regime was the freedom of conscience and religion (Lampret, Rožič 2017).

Following the objective of the communist party to change the national characters of the Slovenians, the country and its people that had been before the WWII deeply religious and effectively governed by the Catholic Church and the Peoples Party affiliated with it, underwent a complete atheist transformation imposed by the communist regime. In line with the Marxist teaching, religion was portrayed as opium for the people, something which poses a threat to the functioning of the state and which at best, and at the price of public shaming, was limited to the four corners of one's home. Quite tellingly, Slovenia was therefore also one of the few communist countries in Europe where Christmas was politically banned until the late 1980s.

Following the independence, the political and constitutional landscape of Slovenia, at least formally, changed completely and the country has also undergone, at least on books, a qualitative value transformation (Avbelj, Černič 2020). This has left an important positive mark also on the regulation and practicing of freedom of religion in Slovenia, without however completely escaping the legacy of the un-

---

<sup>1</sup> Republic of Slovenia, Basic Constitutional Charter.

democratic past. Since 1991 Slovenia is and ought to function as a constitutional democracy in which the freedom of religion should be fully ensured. In what follows, this short contribution will examine to what extent that really is the case. We will proceed in three steps. The qualitative status of Slovenia as a constitutional democracy will be explained first. Then the freedom of religion will be situated and analysed against this backdrop of historical constitutional development in order to, eventually, examine its actual flourishing in particular in the sensitive field of education. The third part will conclude.

## 2. SLOVENIA AS A CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

The concept of constitutional democracy was first introduced into Slovenian constitutional law terminology by Peter Jambreč in his homonymous book. Later it has been taken up by the Slovenian Constitutional Court, which developed the doctrine of constitutional democracy in three steps. Initially, it was conceived of negatively, as a brake on the adoption of majority decisions by the legislature, or even by way of referendum decision-making in contravention of the Constitution.<sup>2</sup> In the next step, the Constitutional Court logically extended the doctrine of constitutional democracy and used it as a means to enforce its decisions<sup>3</sup>. Finally, the Constitutional Court developed the initially restrictive and punitive function of constitutional democracy into a positive

---

<sup>2</sup> See Cases U-I-111/04; U-II-1/09; U-II-2/09, U-II-1/10.

<sup>3</sup> See Cases U-I-248/08; U-I-114/11.



definition of the new quality of the Slovenian rule of law and democratic state. The leading decision in which the Slovenian Constitutional Court definitively and positively defined the Republic of Slovenia as a constitutional democracy was issued in Case U-I-109/10.

In it, the Constitutional Court, *inter alia*, emphasized that the principle of democracy set out in Article 1 of the Constitution «in its content and meaning goes beyond the definition of the state system as a purely formal democracy in which laws and other regulations are adopted by a majority rule»<sup>4</sup>. The Republic of Slovenia is thus not a majoritarian democracy, but a constitutional democracy «in which the conduct of the authorities is legally constrained by constitutional principles and human rights and fundamental freedoms»<sup>5</sup>. The essence of constitutional democracy, as the Slovenian Constitutional Court has insisted for almost twenty years, is that «the values protected by the Constitution also prevail over the democratically adopted decisions of the majority. [...] Every power can be exercised only within the framework of the Constitution and every decision of the authorities must be within the constitutionally permissible possibilities»<sup>6</sup>.

However, constitutional democracy is not, of course, an end in itself. The need for constitutional democracy is dictated by the requirement, inherent in Western civilisation, that man and his dignity are and must be at the centre of all governmental action. The Constitutional Court explicitly confirms that this

---

<sup>4</sup> See, Case U-I-109/10, tč. 10.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Case U-II-2/09, tč. 8.

also applies to the Republic of Slovenia when it states that «in a constitutional democracy, man is the subject and not the object of governmental action, and his (self-)realisation as a human being is the fundamental purpose of the democratic system. Only a state system in which respect for human dignity is the fundamental guiding principle of state action is truly democratic»<sup>7</sup>.

In other words, constitutional democracy is being implemented in Slovenia because the supreme value of the Slovenian constitutional legal order dictates it. That is human dignity. The Slovenian Constitution, which is deeply rooted in the European constitutional legal space, implies that all human beings are equal because we have the same human dignity. This legal quality gives us all the same right to self-fulfilment within the limits of the equal right of others. The legal fact of equal human dignity thus gives rise to the right to equal freedom, within which everyone has the right to self-fulfilment, that is, to be the author of his or her own life. In authoring his or her own life, each person is guided and directed by his or her own moral and ethical vision of what is good and right in life. That everyone can have his or her own moral and ethical vision of what is good for life, is therefore rooted in the equal human dignity of everyone and is a particularly protected good under the right to freedom of religion and conscience.

### 3. FREEDOM OF RELIGION AND CONSCIENCE

The right to freedom of religion and conscience is protected in Article 41 of the Constitution, which provides that the

---

<sup>7</sup> Case U-I-109/10, tč. 10.

exercise of religion and other beliefs in private and public life shall be free. No one is obliged to define his or her religious or other beliefs. In this respect, the Constitution expressly gives parents the right to provide their children with religious and moral education in accordance with their beliefs. However, this guidance to children with regard to religious and moral education must be in accordance with the child's age and maturity and with the child's freedom of conscience, religious or other definition or belief<sup>8</sup>. The right to freedom of religion and conscience is one of the constitutive rights of a democratic and rule of law state. Together with freedom of expression, freedom of education, freedom of assembly and association, the right to property and the right to justice, it constitutes the reservoir of rights that actually enable the individual to realise himself, and it is the alpha and omega of constitutional democracy.

The leading decision of the Slovenian Constitutional Court on the right to freedom of religion and conscience is Case U-I-92/07, in which the Constitutional Court explained all the essential elements of this right. First, it explained what constitutes a legally protected good under this Article. This was particularly necessary because the Slovenian Constitution is rather vague on this point, using several terms: conscience, religion, other beliefs and other convictions. The Constitutional Court resolves this textual vagueness by clarifying that Article 41 of the Constitution does not protect political, scientific, aesthetic, historical and other definitions or beliefs, because these beliefs are protected by other constitutional provisions, in particular the general

---

<sup>8</sup> Constitution, Art. 41.

freedom of expression under Article 39 of the Constitution and the freedom of science and art under Article 59 of the Constitution<sup>9</sup>. Thus, Article 41 of the Constitution protects «only world-view beliefs, that is to say [...] philosophical or ideological theories or [...] systems of thought which explain a man, his essence and the world in which he lives, including, although not necessarily, from a higher, metaphysical level»<sup>10</sup>. As a consequence, the legal goods which are the subject of the protection of the right under Article 41 of the Constitution consist of convictions and beliefs in the field of ethics or morality, which include, in particular, all theistic, atheistic and non-theistic beliefs<sup>11</sup>.

Having clearly defined the object of the protection of the right to freedom of religion and conscience, the Constitutional Court then goes on to clarify its legal nature. It thus explains that the right has both a positive and a negative nature. The positive nature of the right in Article 41 thus means that individuals may hold a religious belief,<sup>12</sup> that is, that they are religious; the negative nature, on the other hand, and at the same time, also gives individuals the right not to hold a religious belief if they do not wish to do so.<sup>13</sup> Thus, according to the negative nature of the right in Article 41 of the Constitution, no one may be compelled to hold a religious belief. The Constitutional Court also explains that this right can be

---

<sup>9</sup> Case U-I-92/07, par. 75.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*, par. 82

exercised both individually and collectively<sup>14</sup>. Referring also to Article 9 of the ECHR, the Constitutional Court specifically emphasises that «freedom of religion is not only an individual right of individuals, but also contains a collective dimension, which involves interaction between believers. It is common for individuals to exercise their beliefs together with others who share the same religious convictions (in particular in the form of rituals) and to associate with them in religious associations (churches or other religious communities)»<sup>15</sup>. Thus, the Constitutional Court also derives directly from Article 41 of the Constitution the right to establish and operate religious communities<sup>16</sup>.

Following established practice in comparative constitutional law, the Slovenian Constitutional Court also distinguishes between three levels of exercise of the right to freedom of religion and conscience, which take place within the internal (*forum internum*) and external (*forum externum*) forums of religious freedom. *Forum internum*, as a form of freedom of thought which is reserved to individuals as natural persons and which legal persons as legal constructs do not have, refers to the internal deliberations and internal decisions of an individual, which by the nature of things cannot be regulated or restricted and therefore, in accordance with the established case-law of the Constitutional Court, enjoy absolute protection<sup>17</sup>. Unlike the *forum internum*, the *forum*

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, par. 87.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*, par. 80.

*externum* protects the externality of an individual's internal personal religious decisions. Two aspects of religious freedom are thus additionally protected within this forum. The first protects the freedom to profess one's faith, while the second builds on the first and also protects the freedom to exercise one's faith in the form of religious observances as they are specific to a particular religion<sup>18</sup>.

If freedom of religion and conscience therefore protects both the intrinsic freedom to believe and its outward reflection in terms of the profession and practice of religion at the individual level and also collectively, it is quite clear that freedom of religion and conscience is not limited in constitutional law to the privacy of the individual. This is explicit from the very wording of Article 41 of the Constitution, which dictates that the practice of religion and other definitions in private and public life is free. In this regard, the Constitutional Court has specifically emphasised that «the external manifestation of religious beliefs [...] is not limited to private life alone, but [the Constitution] also expressly protects the free exercise of religion in public life. Religion and other definitions are an integral part of public life or society. No one shall be prejudiced in his freedom of religion or belief simply because the activities of a free democratic society include a religious aspect through citizens who, as believers, are committed to their religion». Of course, unlike the *forum internum* of religious freedom, the *forum externum* is not something to be protected absolutely, but rather, under Article 15 of the Constitution, it may be subject to constitutionally permissible statutory means of

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, par. 81.

exercising freedom of religion and conscience and to such limitations as are necessary in the light of the protection of the constitutional rights of others or in the light of other limitations imposed by the Constitution.

The right to freedom of religion or conscience under Article 41 of the Constitution thus guarantees to everyone, in private and in public life, the right to have a religion and to practise it alone and in community with others, or not to have one. In today's plural society, which is full of differences, including differences in the area of religion, respect for the right under Article 41 of the Constitution can be quite challenging. This is particularly so as the right under Article 41 of the Constitution is not only a passive right, but also an active one. This means that the State and other public authority actors are not only obliged to refrain from interfering with freedom of religion or conscience, but also to ensure it.

This freedom thus not only acts as a shield against unjustified interference by public authorities, but also requires the State to act actively. In the words of the Slovenian Constitutional Court, «Although [...] the State is not concerned with religious questions, it must nevertheless recognise the importance of religion for individuals and actively create the conditions for the exercise of this human right»<sup>19</sup>.

The requirement that the State must not interfere with the freedom of religion and conscience, while at the same time actively acting to guarantee this right to believers and non-believers alike, may in practice lead to a situation that is seemingly intractable, as it imposes two mutually incompatible practices on the State at the same time. In this respect,

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, par. 104.

the right to freedom of religion and conscience may prove to be an insoluble catch-22. In order to avoid this situation as much as possible, Article 7 of the Slovenian Constitution must be correctly applied.

#### 4. SEPARATION OF RELIGIOUS COMMUNITIES FROM THE STATE

Article 7 provides for the separation of State and religious communities, requiring that religious communities enjoy equal rights and freedom of action. This constitutional provision too has been interpreted by the Slovenian Constitutional Court in the light of established standards of European constitutional law, drawing on the jurisprudence of the European Court of Human Rights. It thus follows from the Slovenian Constitutional Court's case-law that the principle of separation of religious communities from the State requires three things: the State must be religiously or doctrinally neutral; religious communities have the right to be autonomous in their own sphere; and there must be an equal relationship between the State and religious communities. It should be stressed here that, again, the separation of religious communities from the state is not an end in and of itself. On the contrary: «The aim of this principle is to ensure genuine freedom of conscience (and, more broadly, pluralism as an essential component of a democratic society) and equality between individuals and religious communities»<sup>20</sup>. Since the provision of Article 7 of the Constitution thus serves the function of implementing the right to freedom of religion

---

<sup>20</sup> *Ibid.*, par. 99.



and conscience under Article 41 of the Constitution, the Constitutional Court also emphasised that «the principle of separation is therefore not statist but humanist»<sup>21</sup>.

With these words, the Slovenian Constitutional Court distanced itself from both the French and the American approach to the separation principle. According to the former, the purpose of the separation of religious communities from the state was to free the state from the Church, while according to the latter it was the opposite: to free religious communities from the state.<sup>22</sup> As the Slovenian Constitutional Court insightfully writes: if the state is democratic, it does not need to be protected from anything<sup>23</sup>, but individuals need to be protected in a humanistic spirit, so that the state, by its «neutral attitude, guarantees full freedom of conscience and equality of all people, believers and non-believers alike»<sup>24</sup>.

What, then, is meant by the constitutional requirement of state neutrality towards religious communities? According to the Constitutional Court, this requirement implies that the State «shall not introduce religious or world-view elements into its action; that it shall be impartial, neither adopting nor rejecting religion and other world views, and neither supporting nor hindering any of them – in a religious sense»<sup>25</sup>. On the other hand, the neutrality (secularity) of the state

---

<sup>21</sup> *Ibid*, par. 102.

<sup>22</sup> *Ibid*.

<sup>23</sup> *Ibid*.

<sup>24</sup> *Ibid*.

<sup>25</sup> *Ibid*.

does not require the exclusion of religion from public life<sup>26</sup>; nor, although religion is not a matter for the state, does it command the state to be indifferent to the religious needs of the people<sup>27</sup>. After all, «the state is not neutral if it does not treat religious communities equally and if it encroaches on autonomous religious areas»<sup>28</sup>. This means that the neutrality of the state towards religious communities also dictates the existence of the other two elements of the separation principle: autonomy and equality.

The right to autonomy of religious communities implies the right to establish and operate freely. For this to happen, the legal order must grant them legal personality and allow for an autonomous internal structure<sup>29</sup>. As a consequence, within the framework of the right to autonomy, religious communities are free to regulate their internal affairs in relation to their functioning and the internal situation of their members. This freedom of action is, however, extended when the organisational rules according to which the religious community operates have the status of religious rules<sup>30</sup>.

The equality of all religious communities derives from the general principle of equality in Article 14 of the Constitution, which requires that legal entities which are substantially similar should be treated in the same way; those which are substantially different should be treated differently. Or,

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, par. 101.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*, par. 99.

<sup>29</sup> *Ibid.*, par. 116.

<sup>30</sup> *Ibid.*, par. 90.

as the Constitutional Court has expressly stated in relation to religious communities, «the differential treatment of religious communities in the exercise of a human right or fundamental freedom based on religion should therefore be assessed according to a strict proportionality test [...]. », while other types of distinctions between religious communities, i.e. those whose discriminatory basis is either not religion (or some other personal circumstance) or does not relate to the enjoyment of human rights, are constitutionally permissible, provided that they do not violate the general principle of equality before the law referred to in Art. 14 paragraph 2 of the Constitution. According to settled constitutional jurisprudence, the latter principle prohibits the legislator, inter alia, from arbitrarily regulating substantially identical situations differently. In such a case, therefore, the legislator's differentiation between religious communities on a particular issue is permissible if there is a reasonable, realistic and inherently justifiable reason for it»<sup>31</sup>.

Thus, although the State and the religious communities have different missions, the State being concerned with the secular and the religious communities with the sacred, the principle of the separation of the religious communities from the State cannot be understood in the sense of a complete separation which would even prohibit any cooperation. On the contrary, since, as we have seen above, Article 7 of the Constitution is in the function of Article 41, and not the other way around, the Constitutional Court concludes on this basis that «whatever falls within the scope of the exercise of the right to freedom of religion under Article 41 of the

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, par. 109.

Constitution cannot be incompatible with the principle of separation laid down in Article 7(1) of the Constitution»<sup>32</sup>. It is the content of Article 41 of the Constitution, i.e. the right to freedom of religion and conscience, which determines the content of Article 7 of the Constitution. Moreover, as the Slovenian Constitutional Court has added, the principle of the separation of religious communities from the State does not prohibit the State from cooperating with religious communities even more intensively than the right to freedom of religion and conscience itself requires, provided that in doing so it remains religiously neutral and does not identify itself with religion and religious communities<sup>33</sup>.

##### 5. CRITICAL ASSESSMENT OF THE APPLICATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S JURISPRUDENCE IN PRACTICE

As we have shown above, the Slovenian Constitutional Court has developed, at the level of principle, a convincing constitutional doctrine in relation to the right to freedom of religion and conscience and in relation to the principle of separation. In doing so, it has also followed the minimum common standards of the European constitutional area developed by the European Court of Human Rights in this area. But how convincing has the Constitutional Court been in applying its own principled constitutional law positions in practice? The answer to this question can again be found in its leading decision in Case U-I-92/07. In this multi-fac-

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, par. 104.

<sup>33</sup> *Ibid.*

eted case, the Constitutional Court had to decide, among other things, whether it is constitutionally compatible that religious dignitaries, either as public servants or with other financial assistance from the State, may provide religious care in public hospitals, penal institutions, the police and the army, and how such arrangements are otherwise compatible with the prohibition on the exercise of confessional activities on the premises of public schools.

Article 72 of the Organisation and Financing of Education Act<sup>34</sup> stipulates that denominational activities are not permitted in public kindergartens and schools. However, it is allowed in kindergartens and schools with a concession, provided that it does not interrupt the time and space of the programme provided as a public service, and that the confessional activity is organised in such a way as to allow those who do not wish to participate in the activity to arrive and leave without interruption<sup>35</sup>. Only in exceptional circumstances may the Minister, on the proposal of the director of the school, permit a religious or denominational religious instruction to take place on the premises of a public kindergarten or school outside school hours or outside the hours of operation of the kindergarten or school, if there are no other suitable premises for such an activity in the local community<sup>36</sup>. In this context, denominational activity is defined as the teaching of religion or denominational instruction in religion with the aim of educating for that religion; this includes instruction in which the content,

---

<sup>34</sup> OJ 16/07-.

<sup>35</sup> *Ibid.* Art. 72.

<sup>36</sup> *Ibid.*

textbooks, teacher training and the suitability of the individual teacher to teach are decided by the religious community; and organised religious services<sup>37</sup>.

The Constitutional Court found the prohibition of denominational activities in public kindergartens and schools to be constitutional, saying that «public (state) institutions, financed by the state, and as such, are essentially symbols that represent the state externally and make it cognisable to the individual, and it is therefore legitimate that the principle of the separation of the state and religious communities, and thus of the neutrality of the state, is most consistently and strictly enforced here»<sup>38</sup>. However, the Constitutional Court went even further, ruling that in public kindergartens and schools, the manifestation of the State is not only the activity carried out by these kindergartens and schools, but also the premises of these kindergartens and schools. Public schools and kindergartens in the real estate sense therefore constitute, according to the Slovenian Constitutional Court, a public space, a manifestation of the State, which must be neutral and committed to the strict separation of religious communities from the State. Although this interferes with the positive aspect of the freedom of religion and conscience of parents and children who are religious, this interference is, in the opinion of the Constitutional Court, constitutionally permissible, since it proportionately protects the negative aspect of the religious freedom of those individuals who are not religious<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Case U-I-68/98, Par. 18

<sup>39</sup> *Ibid.*

Unlike public kindergartens and schools, denominational activity is not prohibited in public hospitals and penal institutions. On the contrary, chapels and hospital parishes exist in all major Slovenian hospitals. Clergymen of all denominations can also provide individual religious care at the request of patients. They can also enjoy financial support from the state. In fact, the Constitutional Court held in Case U-I-92/07 that, although the State is not required to do so by the freedom of religion and conscience enshrined in Article 41 of the Constitution, it may provide religious communities with the necessary financial means to provide such care to an extent and in a manner that is not incompatible with the principle of the separation of State and religious communities. However, it may not, in accordance with the Constitution, employ clergymen as civil servants to perform religious services in penal institutions and hospitals, since this would interfere both with the autonomy of religious communities and with the State's obligation to maintain its neutrality<sup>40</sup>.

The law on religious freedom leaves<sup>41</sup> it to the relevant law in the area of defence<sup>42</sup>, and to the competent minister in the area of the police, to regulate the religious care of members of the Slovenian armed forces and police. The police are thus obliged to ensure, where possible, that religious spiritual care is provided in appropriate police premises, but may also be provided in the premises of a religious community or in oth-

---

<sup>40</sup> U-I-92/07, par. 147.

<sup>41</sup> Freedom of Religion Act OJ 14/07, Arts. 22 and 23.

<sup>42</sup> Defence Act OJ 103/04.

er premises<sup>43</sup>. In the military, however, the State has a duty to provide religious care even beyond this, since it has undertaken to establish a military vicariate, which is carried out by priests as public servants<sup>44</sup>.

The Constitutional Court declared the special regulation of religious care in the army and the police to be compatible with the Constitution because it found that the legislature was guided in its establishment by two constitutionally permissible circumstances related to the closed environment in which work is performed and the nature of military and police service. «[The latter] particularly intensely give rise to moral, ethical dilemmas and considerations in individuals, such as those answered by religious beliefs»<sup>45</sup>. In this regard, the Constitutional Court particularly points out that «although the army, as an organ of the Ministry, is a symbol of the State (also externally, towards third parties), the negative religious freedom of a non-religious or otherwise religious member of that organ cannot be interfered with merely by the knowledge that other (religious) members of the same organ have the possibility of religious spiritual care – including participation in a religious ritual, which is organisationally or financially provided by the State. It is essential that there is no element of compulsion to confront the profession and practice of religion, which is facilitated by the State. Negative religious freedom is fully guaranteed to members of the armed forces by the very fact that it is left to their

---

<sup>43</sup> Rules on the organisation and performance of religious and spiritual care in the Police OJ 72/07.

<sup>44</sup> Rules on the organisation of religious and spiritual support OJ 58/03.

<sup>45</sup> Case U-I-92/07, par. 75.



free choice whether or not to exercise their right to religious spiritual care»<sup>46</sup>. The Constitutional Court concludes its interpretation in this part by emphasising that «if necessary for the exercise of positive religious freedom, the State must also neutralise the impairment of the freedom of individuals by taking active steps to mitigate the resulting deprivation»<sup>47</sup>.

## 6. CONCLUSION

In the light of the above, how then to understand the Constitutional Court's strictness when it comes to the prohibition of denominational activities in public kindergartens and schools, and its broad-mindedness when it comes to hospitals, penal institutions, the police and the army? The Constitutional Court itself answers this question in its decision U-I-92/07, stating that «the situation in public school and kindergarten settings, where the education and upbringing of children whose personality is still being formed and whose volitional capacity is (as a rule) not yet complete, and the consequences of their susceptibility to impulses from such settings are not foreseeable, is fundamentally different from the situation in question in the case of responsible, voluntarily capable adults. The fact that the neutrality of the school system must be particularly carefully safeguarded in the public school environment, particularly when younger children are concerned, bearing in mind that it is compulsory for all, irrespective of religion, and that its purpose is to promote critical thinking among pupils,

---

<sup>46</sup> *Ibid.*, par. 168.

<sup>47</sup> *Ibid.*, par. 169.

is also apparent from the decisions of the ECtHR (e.g. *Dahlab v. Switzerland*, judgment of 15 February 2001, and *Lautsi v. Italy*, judgment of 15 February 2011)<sup>48</sup>.

In our view, the position of the Constitutional Court as presented is not entirely convincing. Firstly, this is already true in legal terms, since the Constitutional Court refers in support of its argument to the ECtHR judgment in *Lautsi v Italy*, which did not survive an appeal and was overturned by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights<sup>49</sup>. Secondly, the Constitutional Court's insistence, as set out above, that in public kindergartens and schools the neutrality of the State must be guaranteed from the point of view of real estate, that is to say, from the point of view of the spatial availability of those facilities, can also be regarded as disproportionate and therefore excessive. Thirdly, and most problematic of all, is the Constitutional Court's suggestion, at least implicitly, that religion is an impulse against which children who are still forming their personalities must be protected, and that religious education is contrary to the aim of promoting critical thinking. Such reasoning by the Constitutional Court may give the impression that the Court continues to hold the belief that religion is something negative, a kind of opium for the people, referred to in the introduction of this chapter, the use of which the communist totalitarian authorities wished to prevent or even eliminate. Religion, religious communities and, with them, believers were therefore portrayed and treated as an enemy number one of the state.

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, par. 170.

<sup>49</sup> ECtHR Great Chamber, *Lautsi v Italy*, Case 30814/06.

Such a justification would, of course, be incompatible with the normative nature of the Republic of Slovenia as a constitutional democracy, the essence of which is the equal protection of the human dignity of everyone. On this basis, as we have shown at the very beginning of this chapter, each individual has the right to self-fulfilment in his or her own way, within the limits of the equal rights of the other, and this means that modern societies are, as a consequence, full of differences. The existence of differences is a good thing because it reflects respect for the equal human dignity of everyone. A normative system that values differences as something good, seeks to understand them and preserve them, is called pluralism (Avbelj 2022). But there is not and cannot be social pluralism without freedom of religion and conscience. And this freedom cannot truly flourish unless citizens are educated in the spirit and conviction of freedom of religion and conscience.

If this is true, the reasoning of the Slovenian Constitutional Court should somehow be turned on its head. Instead of insisting on the sharp flanks of the negative aspect of religious freedom, that those who are still forming their personality and whose volitional capacity is (as a rule) not yet complete should be protected from those who are (differently) religious, a state that truly values and respects pluralism should do the opposite. It is precisely those whose personalities are still being formed who should be taught by the state to deal with religious differences, to cope with different faiths and with the fact that each of us can also seek the meaning of our lives in very different ways. Such an approach, we believe, would contribute much more to a tolerant, inclusive, better functioning, truly sound society.

This does not mean, of course, that religion and the state should be brought together, but that (differently) religious and non-religious people should be brought together so that they can live together, in mutual understanding and respect, without the need of hiding their own, in one or another way different, moral and ethical worldviews.

## REFERENCES

- M. Avbelj, *Pluralism*, in: “Oxford public international law”, Oxford, Oxford University Press, 2022.
- M. Avbelj, J. L. Černič, *The Impact of European Institutions on the Rule of Law and Democracy: Slovenia and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2020.
- U. Lampret, P. Rožič, *Braniteljica življenja: Cerkev in človekove pravice med komunistično revolucijo*, in: “Bogoslovni vestnik”, n. 2, 2017, pp. 311–324.

# The European Impact on Law and Religion in Germany

DIANA ZU HOHENLOHE\*

TABLE OF CONTENTS: 1. INTRODUCTION. – 2. REGULATORY REGIME OF THE STATE-CHURCH RELATIONSHIP IN THE GERMAN BASIC LAW. – 3. STATE-CHURCH LAW AS RESULT OF EXTENDED HISTORICAL COMPROMISES. – 4. COORDINATES OF THE CURRENT STATE-CHURCH LAW. – 5. SPECIAL FEATURES OF CHURCH LABOR LAW. – 6. JURISDICTION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. – 7. JURISDICTION OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE. – 8. CONCLUSION.

## 1. INTRODUCTION

During the first decades after the signature of the Treaty of Rome and of the European Convention on Human Rights many German scholars had the impression that the historically matured legal regime on the relationship between state and Christian churches was more or less resistant to the general increasing influence, transformation and reshaping

---

\* Professor of Public Law and International Law at the Sigmund Freud Universität in Vienna.

of the domestic legal orders by European law. Particularly with the view to the absence of a direct competence of the European Community for religious issues and specifically for the relationship between state and churches, *Alexander Hollerbach*, expert for the law on the religious communities in Germany, stated in 1989 that «European law has not yet penetrated this matter» (Hollerbach 1989).

However, even at that time, Community law already contained competences for numerous subject-matters whose execution in principle could have an effect on the activities of churches and other religious communities. Therefore, when the process of Europeanization rapidly speeded up in the 1990ies, the fear grew in Germany that Community or European Union law could have negative consequences on the status of churches and other religious communities. *Christoph Link*, director of the Hans Liermann Institute for Ecclesiastical Law in Erlangen, clairvoyantly made the point: «When the churches are only seen as providers of services, as employers, data recipients or arbitrary organizations, the specific nature of their mission, which they also fulfill in these functions, is lost from view» (Link 1997).

Against the background of such warning, the churches called for the preservation of the autonomous regulatory scopes and the safeguarding of the existing state-church structures of the Member States. In effect, a church declaration (Declaration 11) was added to the Amsterdam Treaty of 1997, which demanded respect for the status of the churches and the other religions communities guaranteed by the Member States and forbade its impairment. Finally, it was even possible to expand the content of this church declaration to include a statement on the dialogue

between the churches and other religious communities and the European Union, and in this form to make it the subject of Primary Law (Article 17 TFEU). Thus, it seemed that the most effective security instrument imaginable had been realized in favor of the traditional status quo of state-church law.

Nevertheless, the hopes associated with Article 17 TFEU have not been fulfilled in case law, as not least the two rulings concerning Germany in the *Egenberger* and *I. R. (Head Doctor in a Church Hospital)* cases demonstrate. Instead, the European Court of Justice assumes that Union law is not applied differently in cases involving religion than in other constellations. According to its case law, Union law that is not specific to religion is in principle applied in a regular manner to religiously influenced situations, without church or religious interests being given priority, as intended by Article 17 TFEU. The institutional arrangement between the state and the churches is particularly under pressure when it comes to enforcing the various prohibitions of discrimination under European Union law.

Behind the above-mentioned case law lies the problem, at a fundamental level, that Union law, as a predominantly economically oriented law, encounters historically and culturally evolved legal systems of the Member States. Here, two legal matters collide, each of which follows its own factual logic: the realization of a common market as an instrument of integration on the one hand, and the protection of individual and corporate religious confessions on the other. In this respect, the law of the European Union is functionally oriented, while the traditional state-church law is basically institutional, since it addresses the



churches and other religious communities not only in terms of their fundamental right to freedom, but also and especially as institutions.

In the following, first an overview of the regulatory regime of state-church law in Germany will be given. Then it will be shown what influence the case law of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice has on the domestic state-church law. It will be highlighted that the two courts not only follow divergent logics of Europeanization, but are also willing and able to take national state-church law into account to a very different extent. This can be seen in particular in the field of church labor law, which, as a result of the jurisprudence of the European Court of Justice, is the subject of a striking overhaul under European law.

## 2. REGULATORY REGIME OF THE STATE-CHURCH RELATIONSHIP IN THE GERMAN BASIC LAW

German state-church law is the result of historical circumstances, conflicts and experiences. As the heartland of the Reformation and an imperial and federal roof over a multitude of different territories, Germany had to pacify, safeguard and regulate the coexistence of different religious confessions already at an early stage. In the respective epochs, positive law did not present itself as the realization of a certain principle on how to fix the relationship between state and religion, but as the result of a compromise of competing principles, as a stopgap solution for the pragmatic bridging of more or less irreconcilable opposites.

### 3. STATE-CHURCH LAW AS RESULT OF EXTENDED HISTORICAL COMPROMISES

In the Augsburg Religious Peace of 1555, the imperial estates wanted to refrain only temporarily from enforcing religious freedom against each other, since they had not yet given up the idea of a religious reunification. In the Peace of Westphalia in 1648, the warring parties, bled dry by the Thirty Years War, wrested a *modus vivendi* for the confessionally divided Empire. The provisions of this agreement were reached at the negotiating table, not on the drawing board of a concept of confessional-parity coexistence, as the order of which they could subsequently unfold and be understood as having a long-lasting determining effect.

Below the level of imperial law, the territories were able to form their state-church law from a systematic cast, as was done, for example, with a high qualitative standard in the Prussian General Land Law (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*) of 1789. Even for the church regiment executed by the local sovereigns, which was conceptually built into the state-church law of the Protestant territories, it is significant that this system feature, too, had originally resulted from the pragmatic management of church leadership tasks after the Reformation. Its systematic justification was brought to it only subsequently; it reflects the need for theoretical justification before the demands for historical and rational consistency of legal relations. Accordingly, it was later termed as an episcopal, territorial or collegial *system*.

The pioneering and ultimately not realized Constitution of the Frankfurt Saint Paul's Church (*Paulskirchenverfassung*) of 1848 was again the result of a compromise. It sought a

middle way between the fronts of liberal and conservative religious policy, in which neither of the extreme positions prevailed and which only subsequently proved to be a specifically German model of a liberal religious constitution with a tradition-forming effect.

The present state-church law in Germany stands in this tradition not thanks to a consensus in the constitutional deliberations in Weimar in 1919 and in Bonn in 1948/1949 about realizing such a model of a liberal constitution of religion, but thanks to the repeated reshaping of dissent. Thus, the church articles in the Weimar Constitution (*Weimarer Reichsverfassung*) seemed to be able to accommodate only a «dilatatory formulaic compromise» (Schmitt 1928) between pro-state-church and laicist drafts. Furthermore, in 1948/1949 the Parliamentary Council escaped the reopened dissent on state-church law only by the laconic incorporation of central parts of that predecessor solution into Article 140 of the Basic Law (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), which presents a double or even multiple extended compromise.

The apparent instability of this «embarrassment result» (Smend 1951) has since been absorbed by its practical proving. In any case, the norms of the Basic Law governing the state-church relationship have remained stable throughout the changes in constitutional policy and social reality. They are among the parts of the text that have remained untouched in the more than 65 amendments to the Basic Law to date.

Even the constitutional amendments in the wake of the reunification of Germany in 1990, which brought together the different sociological conditions of religion in the old Federal Republic and in the German Democratic Repub-

lic, did not touch them. In the constitutional commission for the unification-related revision of the Basic Law, the demands for fundamental intervention in the legal relationship between state and religion, which were certainly raised by individual members, did not find any significant support. This need not be interpreted as a perpetuation of the constitutional dissent that originally underlay the regulations, even if the ideas articulated in dissatisfaction with them appear to be as static as the normative text.

The continuity of the arrangement created by the Weimar Constitution and incorporated into the Basic Law can rather be explained by its ability to regulate a contemporary and appropriate relationship of the state to religion and religious communities, even under changing social circumstances and conditions. However, the regulations of state-church law under the Basic Law are coming under increasing pressure, not only from European law but also, and above all, as a result of the decline in the reputation and importance of the Christian churches among the population. At the same time, churches are considering how to position themselves for the future.

#### 4. COORDINATES OF THE CURRENT STATE-CHURCH LAW

The current provisions of state-church law can be found in various places in the Basic Law, but also in the constitutions of the *Länder*, in statutory law, as well as in concordats and state-church treaties. The Basic Law contains guarantees of religious freedom, prohibitions of discrimination on the grounds of religion, regulations on religious instruction in public schools and on the continued validity of the *Reichskonkordat* of 1933,

as well as institutional provisions on the relationship between the state and religion or religious communities.

Particularly, Article 4 of the Basic Law stipulates that freedom of faith and of conscience and freedom to profess a religious or philosophical creed shall be inviolable. The undisturbed practice of religion shall be guaranteed. No person shall be compelled against his or her conscience to render military service involving the use of arms. Thus, Article 4 of the Basic Law guarantees the freedom of thoughts in matters of religion and ideology, the *forum internum*, and in the *forum externum* the freedom to communicate religious or ideological convictions and the freedom to manifest such convictions by ritual activities and religious customs, namely church services, prayer, celebration of sacraments, processions and pealing of church bells.

Furthermore, the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) has consistently held that Article 4 of the Basic Law gives the individual the extensive right to align his or her whole behavior with the lessons of his or her faith and to act according to his or her inner convictions. Consequently, the guarantee of freedom of religion also covers externally neutral behavior when the bearer of the right in his or her *forum internum* creates a connection with commandments of his or her creed. Typical applications are the wearing of a headscarf or the refusal to participate in co-educative sports lessons or class outings in schools. In such cases, the self-understanding of the affected person is decisive, but he or she must plausibly explain why his or her behavior is motivated by religious or ideological convictions.

The liberal guarantees of Article 4 of the Basic Law are supplemented by negative freedoms enshrined in Article 136

paragraphs 3 and 4 of the Weimar Constitution in conjunction with Article 140 of the Basic Law. They read on the one hand that no person shall be required to disclose his or her religious convictions and that the authorities shall have the right to inquire into a person's membership of a religious society only to the extent that rights or duties depend upon it or that a statistical survey mandated by a law so requires, and on the other hand that no person may be compelled to perform any religious act or ceremony, to participate in religious exercises or to take a religious form of oath.

Unlike Article 9 ECHR, Article 4 of the Basic Law does not explicitly mention any limitations of freedom of religion. Therefore, the Federal Constitutional Court argues that the basic right finds its limitations only in conflicting constitutional law. Conversely, a strong opinion in literature holds that the freedom of religion stands under the proviso of qualified law. The representatives of this opinion point to Article 136 paragraph 1 of the Weimar Constitution in conjunction with Article 140 of the Basic Law, reading that civil and political rights and duties shall be neither dependent upon nor restricted by the exercise of religious freedom. They argue that among these duties was the duty to obey the laws. Therefore, the freedom of religion could be restricted by laws that are not directed against a certain religion or ideology but are serving other high purposes.

Article 137 paragraphs 2 and 3 of the Weimar Constitution in conjunction with Article 140 of the Basic Law supplement Article 4 of the Basic Law with regard to religious freedom of association. Article 137 paragraph 2 of the Weimar Constitution guarantees the freedom to form religious societies. Moreover, Article 137 paragraph 3 of the Weimar

Constitution reads that religious societies shall regulate and administer their affairs independently within the limits of the law that applies to all. They shall confer their offices without the participation of the state or the civil community.

This provision has been titled in literature the “lex regia” of the corporate state-church law (Heckel 1966/1967). It can be understood as «the core and center of the church-political system initiated by the Weimar Constitution» (Mikat 1960). It applies to all religious communities regardless of whether they enjoy the rights of a corporation under public law, are associations under private law or do not have legal capacity at all. The constitution does not grant them only a kind of right to self-government, but recognizes their right to self-determination, their complete freedom from state supervision and paternalism.

Concerning non-discrimination, Article 3 paragraph 3 of the Basic Law rules, *inter alia*, that no person shall be favored or disfavored because of faith or religious opinions. Article 33 paragraph 3 of the Basic Law adds that neither the enjoyment of civil and political rights nor eligibility for public office nor rights acquired in the public service shall be dependent upon religious affiliation. No one may be disadvantaged by reason of adherence or nonadherence to a particular religious denomination or philosophical creed. Similarly, Article 136 paragraph 2 of the Weimar Constitution in conjunction with Article 140 of the Basic Law reads that the enjoyment of civil and political rights and the eligibility for public office shall be independent of religious affiliation.

Article 7 paragraphs 2 and 3 of the Basic Law contain rules about religious instruction in public schools. According to these provisions, the legal guardians of a child have

the right to determine the child's participation in religious education. Religious instruction shall form part of the regular curriculum in public schools, with the exception of nondenominational schools. Without prejudice to the state's right of supervision, religious instruction shall be given in accordance with the tenets of the religious community concerned. Teachers may not be obliged against their will to give religious instruction. The institutional guarantee of religious instruction in public schools finds a territorial limitation in the so-called Bremen Clause of Article 141 of the Basic Law.

However, the institutional provisions of the constitutional regime for the relationship between state and religious communities are predominantly laid down in the Weimar church articles, that are fully valid constitutional law of the Federal Republic of Germany. That regime is characterized by primacy of state law, institutional separation of state and church (Article 137 paragraph 1 of the Weimar Constitution in conjunction with Article 140 of the Basic Law), neutrality in matters of religion, equality of all religions and philosophical creeds, corporate freedom of religion, offer for religious communities of obtaining the status of a corporation under public law (Article 137 paragraph 5 of the Weimar Constitution in conjunction with Article 140 of the Basic Law), and cultural responsibility of the state to the effect that the state assumes responsibility for ensuring that questions of meaning can be asked and that freedom of religion can develop real force.

The principle of neutrality in matters of religion is not explicitly mentioned in the constitution, but it is deduced from the sum of constitutional provisions on the relationship between state and religion. However, its content is



highly disputed. The generally accepted minimum standard is that the state must not identify itself with a certain religion or ideology. It must not take a side in the questions of religious truth. The state is not allowed to express a closeness toward a church or religious community or toward a certain faith. Instead, it must keep an internal and external distance towards any religion or ideology and the institutions representing them. On the other hand, the state must recognize the religious and ideological bindings of its citizens as part of the pluralistic reality and take them into account when deciding about its activities.

On the whole, the German constitution professes neither state-churchism nor laicism (of the French variety), but rather an order that allows cooperation with religious communities (see, for example, the status of a corporation under public law, which allows the exercise of special powers; religious instruction in public schools; theological faculties at state universities; religious services and pastoral work in the army, in hospitals, in prisons or in other public institutions according to Article 141 of the Weimar Constitution in conjunction with Article 140 of the Basic Law) and even does not exclude state support for religious communities, as long as the principles of neutrality and equality are observed. Therefore, one can speak of a benevolent or friendly separation.

##### 5. SPECIAL FEATURES OF CHURCH LABOR LAW

The church labor law in Germany has some special features compared to the corresponding law of other European countries. The constitutional point of departure is

the church's right to self-determination under Article 137 paragraph 3 of the Weimar Constitution in conjunction with Article 140 of the Basic Law. That right guarantees regulatory autonomy for the development of church service in the form of a special labor law order.

Thus, the right of self-determination includes the possibility of structuring the service in ecclesiastical institutions, such as Caritas or Diakonia, an ecclesiastical hospital or an ecclesiastical kindergarten, in the form required by the ecclesiastical mission. The following are considered: service and loyalty relationships under membership law (members of religious orders), service and loyalty relationships under public law of corporate religious communities (for instance, church civil service relationships), employment and service relationships under state law, and, possibly, service relationships of religious communities of their own kind. In any way, the religious communities may, within the limits of the law applicable to all, regulate ecclesiastical service according to their own understanding and provide for specific obligations of loyalty, the violation of which may be punished by dismissal or termination of the employment relationship.

The collective terms and conditions of employment can be determined by the religious communities either unilaterally by church law (first way), by collective bargaining agreement (second way) or by labor-law commissions, which in practice are composed of equal numbers of representatives of the church employers and the employees according to the principle of an «ecclesiastical community of service [*kirchliche Dienstgemeinschaft*]» rather than a reconciliation of interests (third way). The large religious communities have generally taken the latter way for em-

ployment and service relationships under private law, but in some cases they have also permitted collective bargaining relationships in line with church law. In the event of a dispute, the third way is decided by a conciliation committee composed on a parity basis. The right to strike is always excluded. The Federal Labor Court has approved this if the trade unions are organizationally involved.

Against the background of European law, particularly the dismissal or termination of the employment relationship due to violations of loyalty obligations appears to be problematic, since this measure could in some cases be qualified as violation of human rights or anti-discrimination rules. Moreover, the German church labor law gives religious communities a great deal of freedom to set their own standards for evaluating duties of loyalty. Accordingly, it is left to the religious communities to determine in a binding manner what the credibility of the church and its proclamation requires, what specific church duties are, what closeness to them means, what the essential principles of the doctrine of faith and morals are and what is to be regarded as a serious violation of them. The state labor court is in principle bound to these church determinations. It is not surprising that the European courts are seeking to limit this broad scope for judgment on the part of religious communities in favor of employee protection.

## 6. JURISDICTION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The European Convention on Human Rights generally does not have the same significance in Germany as it does in many other European countries. It does not have constitu-

tional status, but only the status of simple statutory law of the Federal Republic. However, the Federal Constitutional Court emphasized that the basic rights of the German Basic Law have to be interpreted and applied in the light of the European Convention on Human Rights. Furthermore, the German courts must consider the case law of the European Court of Human Rights in their judgments.

In view of the heterogeneous composition of the Council of Europe, the jurisprudence of the European Court of Human Rights on questions of religion and religious freedom is characterized by a certain restraint. This is not least due to the *margin of appreciation*, an argumentation figure that the European Court of Justice does not recognize in this way. However, the European Court of Human Rights has created a certain uniformity through decades of detailed case law on individual cases in a variety of human rights matters and has had, as a result, a harmonizing effect also on various aspects of the domestic state-church law in the European countries.

Potentially the greatest impact on national state-church law, from a German perspective, comes from legal disputes in which the line of conflict is between the individual and his or her own religious community. Rightly, the third-party interveners in *Károly Nagy v. Hungary* argued that the institutional autonomy of churches is endangered when state courts and the European Court of Human Rights rule on intra-religious disputes (ECtHR, Grand Chamber judgment of 14 September 2017, appl. no. 56665/09, at 59).

However, it is not always easy to determine what are truly intra-religious disputes. It makes a difference whether there is a dispute about who is admitted to ordination to the priesthood, who is allowed to remarry according to church

rites, or who is absolved of sins, or about whether and to what extent those who have worked for the church are also remunerated for it. Labor law issues lie on the borderline between the church's sphere of responsibility and the state's sphere of responsibility.

In the case of *Károly Nagy*, the European Court of Human Rights declared inadmissible the complaint of a pastor of the Reformed Church of Hungary, with which he asserted financial claims after his dismissal from the church service, because there was no claim of the complainant in Hungarian law that could be enforced before state courts. The Grand Chamber was convinced that his claim was based solely on the presbytery's letter of appointment to the pastoral service, that was governed by ecclesiastical and not by state law.

In contrast, Judges *Sajó*, *López Guerra*, *Tsotsoria* and *Laf-franque* argued in a joint dissenting opinion that the dismissed pastor should be able to enforce his claims against the church in state courts, because otherwise the door would be opened to uncontrollable arbitrariness in church employment relationships: «Ultimately, this judgment risks endorsing the position that all appointments and service agreements formed with religious institutions that are subject to internal rules fall outside the jurisdiction of the State. Consequently, such agreements are rendered unreviewable and any rights are unenforceable under domestic law. [...] It goes without saying that the Convention requires respect for freedom of religion and that freedom results in the duty to respect church autonomy. It would be unacceptable [...] to allow State authorities to enforce the internal rules of a church. But this does not mean that where a religious organization declares a matter 'internal', such organizations can unilaterally deprive the af-

fect party of State jurisdiction if that relationship is secular. The present case does not concern the appropriateness of the religious teachings of the applicant [... since the pastor was dismissed because a local newspaper reported that he has said that state subsidies had been paid unlawfully to a Calvinist boarding school], nor the appropriateness of his criticism of ecclesiastical authorities on a matter unrelated to religious teachings (which was the basis of the disciplinary proceedings). Church autonomy may require judicial respect for religious doctrine, according to which a priest or pastor provides a non-secular service. But this was not argued by the defendant at all and the claim concerned a secular relationship related to the disciplinary procedure».

In fact, the European Court of Human Rights applies a very lenient standard in such cases. Technically, the issue is access to a state court. The prerequisite for the application of Article 6 of the European Convention on Human Rights is that there is a claim in domestic law that can be brought before a court. The European Court cannot create new claims. However, the dispute as to whether a claim exists under state law must be capable of being litigated in national courts. If the national courts declare the relevant claim inadmissible, the European Court of Human Rights reserves only an arbitrariness review: «The Court recalls that it is primarily for the national authorities, in particular the courts, to resolve problems of interpretation of domestic legislation. The Court's role is limited to verifying whether the effects of such interpretation [that a claim is inadmissible] are compatible with the Convention. That being so, save in the event of evident arbitrariness, it is not for the Court to question the interpretation of the domestic law by the national courts» (ECtHR,

Grand Chamber judgment of 14 September 2017 – *Károly Nagy v. Hungary*, at 62).

This line of jurisprudence has generally resulted in the dismissal of claims directed against the authorities of religious communities. Examples are the complaints of the former Salvation Army officers *Müller* (ECtHR, judgment of 6 December 2011, appl. no. 12986/04) and the two Protestant pastors *Baudler* (ECtHR, decision of 6 December 2011, appl. no. 38254/04) and *Reuter* (ECtHR, decision of 6 December 2011, appl. no. 39775/04) against Germany, who had resisted the termination of their missionary service, their placement on leave of absence or retirement due to complaints of their territorial leader or a disagreement with their respective parishes. Also worth mentioning are the cases of *Dudová and Duda v. Czech Republic* and *Ahtinen v. Finland*. The former involved the termination of pastoral service for the Czechoslovak Hussite Church and the payment of back wages (ECtHR, decision of 30 January 2001, appl. no. 40224/98); the latter involved the transfer of a pastor of the Evangelical Lutheran Church to a parish 100 kilometers away from his former parish (ECtHR, judgment of 23 September 2008, appl. no. 48907/99). The Court declared these appeals inadmissible as well.

The Court's restraint in interpreting Article 6 of the European Convention on Human Rights, when it comes to the demarcation between state law and ecclesiastical law, has the effect of sparing the autonomy of religious communities as defined in the respective state. The decisions in the *Obst* and *Schüth* cases against Germany go into a similar direction. They concerned dismissals of church employees for the violation of a previously agreed moral code. *Obst* and *Schüth* were

dismissed because of their private lives; they both were engaged in an extramarital relationship. Their cases raised the question of the extent of the loyalty obligation established by the church employer. The German labor courts did not withdraw the dismissals. *Obst* and *Schüth* went to the European Court of Human Rights by claiming that their right to private life and family life in Article 8 of the European Convention on Human Rights was violated. The Court balanced this right against the Conventional rights of the churches and came to two different decisions.

In the case of *Obst*, the European Court of Human Rights saw no violation (ECtHR, judgment of 23 September 2010, appl. no. 425/03). *Obst* grew up as a Mormon and married in accordance with Mormon rites. He knew that marital faithfulness was essential for the Mormon Church. Moreover, he was under special loyalty obligations as he held the position of the Mormon Church's director of public relations for Europe (see also ECtHR, judgment of 3 February 2011, appl. no. 18136/02 – *Siebenhaar v. Germany*).

In the case of *Schüth*, the Court came to the conclusion that the German labor courts have violated Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECtHR, judgment of 23 September 2010, appl. no. 1620/03). *Schüth* was organist and choir leader in a Catholic parish located in a big city. He separated from his wife, lived with a new partner, had a child from her, and a second child was on the way. The parish dismissed him due to adultery and bigamy. The first two instance labor courts held that the dismissal was unjustified because *Schüth* was no leading staff and, therefore, not under increased loyalty obligations. However, the Federal Labor Court quashed these decisions by stressing the



Church's freedom of contract and its right to define loyal duties and what constitutes a breach of such duties. The European Court of Human Rights took the view that the German courts at the end did not sufficiently examine the interests of the church employee, who *de facto* led a family life with his new family and had only limited opportunities of finding a new job due to his special qualifications, and the closeness of his work to the church's task of proclaiming the Gospel.

Thus, the Court did not rule that respect for privacy would always prevail over the autonomy of the religious community, but only that both rights had to be weighed against each other by the courts. Therefore, the Court stated only a procedural violation of Article 8 of the European Convention on Human Rights, not a substantive one, even if the ruling did meet with criticism from the Federal Constitutional Court with regard to the question of the extent to which the proximity of an activity to the mission of proclamation should be subject to state evaluation (see Federal Constitutional Court, BVerfGE 137, 273, 329).

The procedural nature of the violation is also reflected in the follow-up decision in the *Schüth* case to Article 41 of the European Convention on Human Rights: «[T]he Court considers that the only basis for awarding just satisfaction in the present case is that the labor courts, in weighing the interests of the complainant and those of the church employer, did not take into account all the relevant aspects and did not sufficiently explain their reasoning. It recalls that it is not its task to speculate on the conclusions that the German labor courts would have reached if they had weighed the matter in accordance with the Convention» (ECtHR, decision of 28 June 2012, appl. no. 1620/03, at 23).

After all, from a German perspective, the European Court of Human Rights is quite gentle on national church law by limiting its review of possible human rights violations to arbitrariness and by proceduralizing that review. The Court is obviously guided by the conviction that it is better if the impetus for structural changes in the traditional church-law system comes from within rather than from outside. The latter is only necessary if the solutions in the individual case are obviously inadequate, as it was in *Schüth v. Germany*. *Vis-à-vis* the national courts, the European Court of Human Rights acts as a super-revision instance in matters of labor law. By virtue of its jurisdiction, national labor courts have to examine more closely in cases of termination of church employees with a duty of loyalty whether the interests of both parties are sufficiently taken into account and balanced.

## 7. JURISDICTION OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

At first glance, Union law seems to leave ample room for the continuation of the autonomy of churches and other religious communities, even in the German style. Article 17 TFEU assures the churches in Primary Law that the «Union respects and does not prejudice the status under national law of churches [...] in the Member States». The religious tolerance expressed with this clause recognized on the one hand that collective and corporate religious freedom, which is often linked with identities of states or nations, may have a stabilizing effect on the Union level as well, and on the other hand that the traditional sets of rules for the status and the activities of churches and other religious communi-

ties in the Member States are of elementary importance for religious peace and religious plurality in Europe. In Union law correlates with this thought Article 10 of the Charter of Fundamental Rights, which also protects the collective «freedom, [...] in community with others and in public or in private, to manifest religion or belief, in worship, teaching, practice and observance».

According to a controversial view, the term “status” in Article 17 TFEU does not only mean the pure legal corporate status, as it is standardized in Germany in Article 140 in conjunction with Article 137 paragraph 5 of the Weimar Constitution, but the entire relationship between state and church, which has developed differently in the respective constitutional systems. In this sense, Article 17 TFEU is a negative provision of competence: The Union must not interfere with the institutional freedoms granted by national legal systems to the churches and other religious communities there. Rather, in questions of the status of churches and other religious communities, an area of derogation from Union law applies.

In Secondary Law, this principle seemed to find corresponding expression in various church exception clauses, such as Article 4 paragraph 2 of the Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, which is linked to the various national laws on professional activities in ecclesiastical institutions and seems to formulate an exception to the general prohibition of discrimination in this respect. After all, Article 17 TFEU, as a tolerance edict of European Primary Law, appeared to be the starting point and measure of all secondary legislation and interpretation.

However, the European Court of Justice does not take this reading of Article 17 TFEU into account in the *Egenberger* and *I. R. (Head Doctor in a Church Hospital)* cases. The Court noted that the secondary legislator had been aware of Article 17 TFEU – or the Amsterdam Declaration on Churches as precursor – when adopting the Council Directive 2000/78/EC, but had nevertheless structured Article 4 of the Directive with objective legal requirements and refrained from exempting the churches from anti-discrimination obligations.

The Court thus ultimately reverses the relationship between Primary and Secondary Law: It is not Secondary Law that is measured against Primary Law requirements, but, conversely, Primary Law is interpreted on the basis of Secondary Law. According to this interpretation method, any limitation of competences by the Treaty on the Functioning of the European Union simply becomes meaningless if the secondary legislator blindly disregards it. This is methodologically untenable, supports the thesis that some acts of Secondary Law are *ultra vires*, and can also be refuted in terms of the limited legislative intent in enacting the Council Directive 2000/78/EC and the potentially extremely far-reaching consequences of this reading.

The elementary importance of Article 17 TFEU for religious peace and religious plurality in Europe is misunderstood when the norm is referred to in the *Egenberger* decision merely in an obligatory manner, and when it is examined in more detail in the *I.R. (Head Doctor in a Church Hospital)* decision, but is reduced to a programmatic clause without effective content, which does not set any tangible limits to the European Union's possibilities for shaping Secondary Law in the church legal sphere. This marginalization of a

historically highly charged and enriched principle of Primary Law marks a fundamental shift in the balance of power between the European Union and the Member States, which affects the balance of power between the Member States and the churches, as far as the latter – as in Germany – were previously endowed with comprehensive autonomies. Thus, from the relatively free space for theological considerations in church labor law, associated with great institutional trust, the focus shifts to an external detailed control based on the rationalistic standards of state law.

The decision in the *Egenberger* case takes aim at the denominationally differentiated hiring practices of church institutions (ECJ, Grand Chamber judgment of 17 April 2018, C-414/16). Ms. *Egenberger*, who is non-denominational, applied for a position offered by the Protestant Association for Diakonia and Development in Germany. The task consisted of preparing an expert opinion on the elimination of all forms of racial discrimination. It included representing the Diakonia *vis-à-vis* politicians and the public and coordinating internal opinion-forming processes. The job advertisement stated that applicants should be members of the Protestant Church or another Christian church. Ms. *Egenberger* was not invited for an interview and as a result was not hired. She sued for compensation on the grounds of alleged discrimination.

The Federal Labor Court decided to ask the European Court of Justice for a preliminary ruling about the meaning of Article 4 paragraph 2 of the Council Directive 2000/78/EC. The preliminary questions were aimed at whether Article 4 paragraph 2 subparagraph 1 of the Council Directive 2000/78/EC allows that a church employer has the power

under domestic law to authoritatively determine whether a particular religion of an applicant constitutes a «genuine, legitimate and justified occupational requirement» in the sense of the provision. Furthermore, what requirements arise in the case of a negative answer to the first question with regard to the nature of the activity or the context in which it is carried out, under consideration of the organization's ethos, as «genuine, legitimate and justified occupational requirements» in accordance with Article 4 paragraph 2 subparagraph 1 of the Directive.

The European Court of Justice answered the first question in the negative and derived from Article 9 of the Council Directive 2000/78/EC, which rules the defense of the anti-discrimination rights, and Article 47 of the Charter of Fundamental Rights, which guarantees the right to an effective remedy and to a fair trial, the necessity that not the churches but independent courts must decide on the existence of a justification within the meaning of the Directive. This decision could not be a matter of church autonomy recognized by the Member States, since otherwise the control of compliance with the criteria set forth in Article 4 paragraph 2 subparagraph 1 of the Directive would come to nothing if it were ultimately entrusted to the necessarily partisan churches as actors of an intended unequal treatment.

The judgment specifies four requirements with regard to the standard of justification: First, the justification must be measured against the nature of the activity in question or the circumstances of its exercise. There must be the objectively verifiable existence of a direct link between the denomination-related condition of employment and the activity. Second, essential in this regard is the requirement when denom-

inational affiliation is necessary because of the importance of the occupational activity for the manifestation of the ethos or the exercise by the church or religious organization of its right of autonomy. Third, the requirement would lack legality if, in reality, an extraneous goal is being pursued without reference to the ethos or the exercise of the right to church autonomy. Fourth, the criterion of denominational affiliation is justified if the church or religious organization can demonstrate that the asserted danger of an impairment of its ethos or its right to autonomy is probable and substantial. This circular line of argument is not least problematic against the background of the traditional standpoint that the right to autonomy under national state-church law is already violated, or at any rate significantly affected, by judicial review of the church's position.

In concrete terms, it can be deduced from the judgment of the European Court of Justice that the determination that all activities at an ecclesiastical institution require denominational affiliation solely as a result of the theologically formed concept of the community of service, which has predominantly been considered possible in German church labor law, would be discriminatory and not permissible. This fundamentally distinguishes the Court's objective, activity-based approach to justification from the institutional approach to justification based on church autonomy that has been recognized in German church labor law to date. The required qualitative examination of individual activities shows that there are categories of activities for which a religious affiliation must not be made a prerequisite for employment.

In fact, the Federal Labor Court in its follow judgment in the *Egenberger* case examined in great detail the weight and

rationalistic plausibility of the church's position. It came to the conclusion that already in view of the job profile, there were reasonable doubts as to whether the position is essential under European Union law. But in any event the occupational requirement was not justified, because in the specific case there was no probable and substantial danger that the ethos of the church employer would be compromised (Federal Labor Court, judgment of 25 October 2018, 8 AZR 501/14; a constitutional complaint is pending before the Federal Constitutional Court under file no. 2 BvR 934/19).

The decision of the European Court of Justice in the *I. R. (Head Doctor in a Church Hospital)* case concerned obligations of loyalty to the church employer (ECJ, Grand Chamber judgment of 11 September 2018, C-68/17). *J. Q.* was a head doctor in a Catholic hospital. After the divorce of his first marriage, he married his new partner in a civil ceremony before the registry office without his first marriage having been annulled according to Canon Law. The hospital dismissed him because he was a Catholic and his action was against the principles of the Catholic Church. The hospital had other head doctors who were not Catholics and need not fear negative consequences in case of re-marriage. This raised the question whether church employers are allowed to use different loyalty standards depending on the denomination of their employees. Accordingly, the Federal Labor Court asked the European Court of Justice whether Article 4 paragraph 2 subparagraph 2 of the Council Directive 2000/78/EC is to be interpreted as meaning that the (Catholic) Church can decide with binding effect that a church organization such as the hospital in the present proceedings is to differentiate, in connection with the requirement that



employees in managerial positions act in good faith and with loyalty, between employees who belong to the same church and those who belong to another faith or to none at all.

The European Court of Justice applied essentially the same standards in the *I. R.* case as in the *Egenberger* case. It argued that the requirement at issue concerned the respect to be given to a particular aspect of the ethos of the Catholic Church, namely the sacred and indissoluble nature of religious marriage. Adherence to that notion of marriage did not appear to be necessary for the promotion of the hospital's ethos, bearing in mind the occupational activities carried out by the head doctor, namely the provision of medical advice and care in a hospital setting and the management of the internal medicine department which he headed. Therefore, it did not appear to be a genuine requirement of that occupational activity within the meaning of Article 4 paragraph 2 subparagraph 1 of the Council Directive 2000/78/EC.

In the Court's view, all the requirements of Article 4 paragraph 2 subparagraph 1 of the Council Directive 2000/78/EC must also be met for justification under Article 4 paragraph 2 subparagraph 2 of the Directive. This is already a methodologically dubious step when considering only Secondary Law, since the systematics of both subparagraphs are ultimately not taken into account. Instead, Article 4 paragraph 2 subparagraph 2 of the Council Directive 2000/78/EC is basically rendered empty of content and meaning by its parallelism with Article 4 paragraph 2 subparagraph 1 of the Directive.

The components of the justification test also essentially correspond to those outlined for the area of recruitment practice with regard to the *Egenberger* case. It should be em-

phasized in that context that the immediate object of the decision was exclusively the *unequal treatment* with regard to loyalty requirements based on denomination. If Catholic employees are expected to be more loyal than their Protestant, Muslim or non-denominational colleagues by the Catholic bearer of an institution, the differentiation based on denomination must be justified.

The European Court of Justice's view does not mean that conceivable expansions of loyalty obligation to all employees have been rejected. It is possible, however, that even in the case of generally applicable but faith- or ethos-based loyalty requirements, indirect discrimination could be considered on the grounds that compliance with them is structurally easier for a denominational employee than for a non-denominational one. This is a consideration that is mirrored in the second rule of the *Achbita* decision of the Court in the field of individual freedom of religion (ECJ, Grand Chamber judgment of 14 March 2017, C-157/15).

At the end, the Federal Labor Court declared *J. Q.*'s dismissal unlawful. It made the rather sweeping assertion that by providing consultation and medical care in the internal medicine department of the hospital, the head doctor was not participating in the determination of the ethos and was not contributing to the ecclesiastical proclamation mission (judgment of 20 February 2019, 2 AZR 746/14). This dictum involves a state judgment about the determination of ethos and its promulgation, tying in with the European Court of Justice's remark, worthy of criticism in view of the function of Article 267 TFEU, that acceptance of the Catholic understanding of marriage is not necessary for the manifestation of ethos in medical care. Such a line of argument

goes far beyond a legitimate external proportionality test by weighing an accepted church position against counter rights on the employee side. Instead, already the scope of the legal interest to be weighed on the church side is determined by the Court. Thus, a state institution ultimately enters the field of theology and becomes interpreter of religion.

As a result, the narrowing of the institutional autonomy space also shrinks the tolerance for purely theological patterns of justification to a barely recognizable minimum. The decisions of the European Court of Justice in the *Egenberger* and *I. R. (Head Doctor in a Church Hospital)* cases and especially the transposition decisions of the Federal Labor Court breathe a strictly rationalist spirit. The possibility of theological patterns of reasoning seems to be cut off wherever a conflict with the requirements of European law arises. This is especially true for anti-discrimination law. In fact, there appears to be no longer any room for a purely theological justification of unequal treatment in personnel decisions in the regulatory area of the Council Directive 2000/78/EC.

## 8. CONCLUSION

While the jurisprudence of the European Court of Human Rights leaves a great deal of leeway in shaping the national state-church law systems, not least due to the margin of appreciation granted to the Convention states, the jurisprudence of the European Court of Justice overrides the traditional particularities of state-church law in the Member States and leads to a shortening of the autonomy of churches

and other religious communities in the national legal spheres. As regards the situation in Germany, this is particularly true for the field of church labor law.

When religion-unspecific EU law encounters religion-based circumstances, it applies normally. It does not consider religion as something special. The guarantee of religious freedom laid down in Article 10 of the Charter of Fundamental Rights and the reserve of competence of the Member States in the areas of religion and churches guaranteed in Article 17 TFEU play at best a subordinate role in the case law of the European Court of Justice for the interpretation and application of Union law that is not specific to religion. In this context, Article 17 TFEU in particular would have opened up the possibility of forming a functional equivalent to the margin of appreciation in fundamental rights issues recognized by the European Court of Human Rights.

European Union law is shaped by an equality paradigm. If institutions governed by national state-church law come into the field of force of the Union's anti-discrimination law, the European Court of Justice has so far shown little consideration for historical imprints or religious-cultural idiosyncrasies. Moreover, it cannot be seen that the European Court of Justice reflects in any way on the religious and cultural longtime consequences of its jurisdiction, namely on securing the profile of religious institutions by means of loyalty requirements and denominational clauses. This ignorance of the Court's own case law complicates traditional forms of state ethos management in the religious field.

At the end, perhaps the supreme and constitutional courts of the Member States, with their great experience in dealing with traditional sets of rules, can tame the Eu-

ropean Court of Justice. They can remind it that a certain sense for the religious and its manifold forms of inculturation is necessary in order to avoid an over-unitarization of the systems of law and religion of the Member States and, at the same time, to keep European institutions capable of acting in the long term on the normative basis of equal freedom of the individual.

## REFERENCES

- C.D. Classen, *Das kirchliche Arbeitsrecht unter europäischem Druck*, in: “Europarecht”, n. 6, 2018, pp. 752-767.
- H. de Wall, *Zur aktuellen Lage des Religionsrechts der Europäischen Union*, in: “Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht”, n. 3, 2007, pp. 310-324.
- M.L. Fremuth, *Das letzte Amen ist noch nicht gesprochen. Zum kirchlichen Selbstbestimmungs- und Arbeitsrecht im grund- und menschenrechtlichen Mehrebenensystem*, in “Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht”, n. 9, 2018, pp. 723-731.
- M. Germann, *Das System des Staatskirchenrechts in Deutschland*, in *Handbuch des Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland*, D. Pirson, W. Rübner, M. Germann, S. Muckel (eds.), Berlin, Duncker & Humblot, 2020, pp. 261-329.
- S. Greiner, *Neuausrichtung des Kirchenarbeitsrechts durch den EuGH? Die Rechtsache Egenberger*, in: “Juris Monatsschrift”, 2018, pp. 233-238.
- S. Greiner, *Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten nach dem “IR”-Urteil des EuGH*, in: “Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht”, 2018, pp. 1289-1294.
- S. Greiner, *Funktionalität versus Institutionalität: Das kirchliche Arbeitsrecht als Exempel. Zum Konflikt von EuGH und BVerfG*, in *Institutionen unter Druck. Europarechtliche Überformung des Staatskirchenrechts*, A. Uhle, J. Wolf (eds.), Münster, Aschendorff Verlag, 2020, pp. 101-127.

- P. Hanau, G. Thüsing, *Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht. Bestandsaufnahme und Perspektiven*, Baden-Baden, Nomos, 2001.
- M. Heckel, *Zur Entwicklung des deutschen Staatskirchenrechts von der Reformation bis zur Schwelle der Weimarer Verfassung*, in: "Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht", vol. 12, 1966/1967, pp. 1-39.
- H.M. Heinig, *Die rechtsvergleichende Perspektive: Funktionalität der europäischen Einigung und Achtung staatskirchenrechtlicher Institutionen in den übrigen Staaten Europas*, in *Institutionen unter Druck. Europarechtliche Überformung des Staatskirchenrechts*, A. Uhle, J. Wolf (eds.), Münster, Aschendorff Verlag, 2020, pp. 128-160.
- V. Herbolsheimer, *Arbeitsrecht in kirchlicher Selbstbestimmung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2019.
- A. Hollerbach, *Grundlagen des Staatskirchenrechts*, in *Handbuch des Staatsrechts*, J. Isensee, P. Kirchhof (eds.), Heidelberg, Müller, 1989, pp. 471-556.
- J. Jousen, *Grundlagen, Entwicklungen und Perspektiven des kollektiven Arbeitsrechts der Kirchen*, in *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, B. Kämper, H.W. Thönnies (eds.), 2012, pp. 53-107.
- A. Junker, *Gleichbehandlung und kirchliches Arbeitsrecht – Ein deutscher Sonderweg endet vor dem EuGH*, in: "Neue Juristische Wochenschrift", 2018, pp. 1850-1853.
- M. Klein, *Das Recht der Kirchen im Tauziehen zwischen Luxemburg und Karlsruhe – Das kirchliche Arbeitsrecht als Machtprobe?*, in: "Europarecht", n. 3, 2019, pp. 338-351.
- F. Leinemann, *Das Religionsrecht in Europa. Der Beitrag und die Stellung der christlichen Kirchen*, in *Religionsfreiheit als*

- Leitbild. Staatskirchenrecht in Deutschland und Europa im Prozess der Reform*, Hartmut Kreß (ed.), Münster, LIT Verlag, 2004, pp. 185-198.
- C. Link, *Staat und Kirche im Rahmen des europäischen Einigungsprozesses*, in: “Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht”, n. 2, 1997, pp. 130-154.
- F. Malorny, *Diskriminierungsschutz als Grenze kirchlicher Selbstbestimmung*, in “Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht”, 2019, pp. 441-454.
- P. Mikat, *Kirchen und Religionsgemeinschaften*, in *Die Grundrechte*, K.A. Bettermann, H.C. Nipperdey, U. Scheuner (eds.), Berlin, Duncker & Humblot, 1960, pp. 111-243.
- A. Nußberger, *Die Perspektive des EGMR: Funktionalität durch Institutionalität – Sensibilität im Umgang mit nationalen Traditionen?*, in *Institutionen unter Druck. Europarechtliche Überformung des Staatskirchenrechts*, A. Uhle, J. Wolf (eds.), Münster, Aschendorff Verlag, 2020, pp. 55-73.
- M. Plum, *Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten im Lichte der Rechtsprechung des EGMR*, in: “Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht”, 2011, pp. 1194-1200.
- H. Reichold, P. Beer, *Eine “Abmahnung” des EuGH mit Folgen. Neue Anforderungen an die kirchliche Personalpolitik nach dem Urteil in der Rechtssache Egenberger aus juristischer und theologischer Sicht*, in: “Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht”, 2018, pp. 681-686.
- R. Richardi, *Arbeitsrecht in der Kirche. Staatliches Arbeitsrecht und kirchliches Dienstrecht*, München, Beck, 2020.
- C. Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), Berlin, Duncker & Humblot, 2017.



- A. Schneedorf, *Diskriminierungsschutz nach dem EuGH – Bröckelt das Fundament des kirchlichen Arbeitsrechts?*, in: “Neue Juristische Wochenschrift”, 2019, pp. 177-181.
- F. Scholz, *Kirchliches Arbeitsrecht in Europa. Rechtliche Rahmenbedingungen der Beschäftigung von Arbeitnehmern durch die Kirchen in Deutschland, England, Österreich und Frankreich unter besonderer Berücksichtigung staatskirchenrechtlicher Grundlagen*, Freiburg im Breisgau, Lambertus, 2021.
- R. Smend, *Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz*, in: “Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht”, vol. 1, 1951, pp. 4-14.
- C. Sperber, *Kirchenrechtliches Arbeitsrecht: Regelungen zu Loyalitätsobliegenheiten und Mitarbeitervertretungen und ihre Folgen in der staatlichen Rechtsordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2019.
- M. Sprenger, *Kündigung eines wiederverheirateten Chefarztes in einem katholischen Krankenhaus*, in: “Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht”, n. 1, 2019, pp. 99-110.
- A. Tischbirek, *Ein europäisches Staatskirchenrecht?*, in: “Der Staat”, vol. 58, 2019, pp. 621-641.
- G. Thüsing, *Grund und Grenzen der besonderen Loyalitätspflichten des kirchlichen Dienstes – Gedanken zu den verfassungsrechtlichen Garantien und europarechtlichen Herausforderungen*, in *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, B. Kämper, H.W. Thönnies (eds.), Münster, Aschendorff Verlag, 2012, pp. 129-166.
- G. Thüsing, R. Mathy, *Kirchliche Loyalitätspflichten im Zugriff des EuGH*, in: “Betriebs-Berater”, 2018, pp. 2805-2810.

- G. Thüsing, R. Mathy, *Diskriminierungsschutz von Stellenbewerbern und Auswahlermessen von Einrichtungen mit kirchlichem Auftrag*, in: “Recht der internationalen Wirtschaft”, 2018, pp. 559-564.
- P. Unruh, *Religionsverfassungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2018.
- A.F. von Campenhausen, H. de Wall, *Religionsverfassungsrecht*, München, Beck, 2022.
- C. Waldhoff, *Kirchliche Selbstbestimmung und Europarecht*, in: “Juristenzeitung”, 2003, pp. 978-986.
- C. Walter, *Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht zwischen Grundgesetz, EMRK und dem Recht der europäischen Union, in Identität und Profil kirchlicher Einrichtungen im Licht europäischer Rechtsprechung*, Jacob Jousen (ed.), Freiburg im Breisgau, Lambertus, 2019, pp. 13-35.
- B. Weller, *Kirchliches Arbeitsrecht*, Freiburg im Breisgau, Lambertus, 2021.



# The Invocation to God in the Preamble of the Swiss Federal Constitution

VINCENZO PACILLO\*

TABLE OF CONTENTS: 1. INTRODUCTION. – 2. ON THE NORMATIVE VALUE OF THE PREAMBLE. – 3. ON THE FUNCTION OF THE INVOCATIO DEI IN THE PREAMBLE. – 4. INVOCATIO DEI AND FREEDOM OF RELIGION IN THE SECULAR STATE. LAW, RELIGION AND SOCIAL TIES.

## I. INTRODUCTION

The question relating to the permanence of an invocation to God in the preamble of the Swiss Federal Constitution was – as is well known – one of the most debated during the procedure for the total revision of the Fundamental Charter of 1874. The invocatio Dei, which had been *approved at* the unanimity by the Constituent Assembly of the second half of the nineteenth century – even within a text strongly inspired by the principles of liberalism and the democratic movement, which had, among other things, extended free-

---

\* Full Professor of Ecclesiastical and Canon Law at the University of Modena and Reggio Emilia.

dom of worship to all confessions and attributed to all individuals full freedom of belief and conscience, residence and the ability to contract civil marriage – was revived in a very cautious way by the Total Revision Project of 26 June 1995.

No trace, in the text of the preamble proposed by the Federal Council, of the elegant and moving introduction to the constitutional pact proposed by Adolf Muschg in 1977 (Lehmann 2003, 135)<sup>1</sup>: the new Constitutional Charter should have been limited to an invocation to almighty God, followed by a *narratio* aimed at listing, in a sober way, the constituent subjects.

Only the popular discussion – following the publication of the draft revision and in which not only the parties were active, but also numerous intermediate groups and many individual citizens – prompted the constituent legislator to broaden the content of the preamble and to further emphasize the principles/ values contained in the *narratio* in order to transform the opening lines of the Constitutional Charter into a statement of the foundations on which the very existence of the Swiss Confederation rests. Thus some of the fundamental characteristics constituting the backbone of the pact which unites the confederates in a *juridische gemeinschaft*: freedom, independence, peace, spirit of solidarity, openness to the world, responsibility towards future generations.

The rewriting of the preamble confirmed the presence of the *invocatio Dei* within the constitutional provisions: after

---

<sup>1</sup> «Im names Gottes des Allmächtigen! Im Willen, den Bund der Eidgenossen zu erneuern; gewiss, dass frei no bleibt, wer seine Freiheit gebraucht und dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen; eingedenk der Grenzen aller staatlichen Macht und der Pflicht, mitzuwirken am Frieden der Welt, haben Volk und Kantone der Schweiz dazzling Verfassung beschlossen».

all, the popular debate had shown a broad consensus towards that reference to almighty God which had characterized the fundamental Charters of 1848 and of 1874: and despite the fact that the Federal Council – in the message concerning the revision of the Federal Constitution released on 20 November 1996, i.e. at the end of the popular discussion and the rewriting of the preamble – had hastened to underline the essentially historical-traditional character of the *invocatio Dei*, the parliamentary debate on the issue was heated, as the Socialist Party requested with some insistence the cancellation of this invocation or – at least – the elimination of the “omnipotent” attribute referring to the divinity.

The Socialist National Councilor Jean Ziegler underlined how the reference to God in the preamble could not fail to have repercussions on the entire spirit of the Constitution, preventing – in fact – it from being able to qualify the Swiss Confederation as a “secular state”. This consideration had already been raised by the Federal Court in its landmark decision on the crucifix in the municipality of Cadro, in which the judges of Lausanne had based on the *invocatio Dei* proposed by the preamble a significant relativization of the principle of secularism of the Confederation<sup>2</sup>.

At the end of the discussion, the insertion of the invocation «In the name of almighty God!» within the preamble was approved by the majority of the parliament. However, the question of the legal value that should have been conferred on the reference to the divinity remained unresolved.

---

<sup>2</sup> Judgment of 26 September 1990 of the First Court of public law in the Municipality of Cadro case c. Guido Bernasconi and the Administrative Court of the Canton Ticino (public law appeal).

Indeed, in the parliamentary debates, the usual arguments aimed at excluding that the invocatio Dei can explain its effects on the Swiss legal system (the first concerns, in general, the fact that the preamble is devoid of any legal effect, the second affirms instead the exclusively historical-traditional nature of the invocation to God, understood as a simple homage to the historical continuity between the various confederate pacts) collided with assertions that instead underlined the reference to the Christian and Western European cultural tradition made through the reference to almighty God or the role of axiological orientation that the preamble plays within the constitutional text. Emblematic in this regard were the interventions of Councilors Otto Zwygart and Oscar Fritschi during the parliamentary debate, but the aforementioned message of the Federal Council of 20 November 1996, in which the Government does not exclude that the invocatio Dei may have some effect on the Swiss legal system.

In this contribution we will try to demonstrate three assumptions:

1. The invocation to God in the preamble of the Swiss Federal Constitution is inserted in a text (the preamble) endowed with normative value, which is inserted in the species of teleological norms (norms that do not prescribe a behavior, but recommend an end that the public authorities are free to reach through a plurality of detailed rules).
2. Within the legislative text in which it is included, the invocatio Dei performs three functions: a function of historical recognition of the fundamental values on

which the confederal agreement is based, a symbolic function of reaffirmation of these values within the law in force, and a teleological function of orientation of the action of the legislator, the interpreter, and the judge aimed at the full realization of these values.

3. The invocation to Almighty God is fully compatible with religious freedom and contributes to build a concept of secular state open to the valorisation of religious traditions as an element of spiritual progress of society.

## 2. ON THE NORMATIVE VALUE OF THE PREAMBLE

The thesis that the preamble lacks normative value is often presented dogmatically, without adequate justifications. The preamble would constitute a simple summary, carried out in an emphatic form and in non-normative language, of the constitutional principles: from it it would not be possible to extrapolate anything original with respect to the actual text. Furthermore, during the revision process the majority of parliamentarians would have expressed themselves against a normative value, and this would help reinforce the idea that it represents a text endowed with simple political value, devoid of any ability to explain its effects on the legal system (Bertschi, Gächter 2000). Another doctrine (Ehrenzeller 2002) maintains that the preamble – being an integral part of the Constitution and being able to be modified only through a formal constitutional revision – is a text endowed with normative value. According to this doctrine, the preamble indicates the ethical-political aims and guiding principles of the Confederation, and must be read in conjunction with



art. 2 of the Federal Constitution, with which it integrates into a sort of continuous and uninterrupted textual flow aimed at enunciating the founding values on which the fundamental pact rests.

In our opinion, the latter doctrine hits the mark, also in the light of a further argument linked to compliance with the fundamental principle of conservation of legal acts.

As is known, the Italian doctrine has long discussed the principle of conservation of legal acts especially in the 1930s. Originally limited to the sole sphere of private autonomy and rigidly connected to art. 1132 of the Civil Code of 1865, the principle of conservation was progressively identified, first by Pugliatti and then by Grassetti, as an axiological canon endowed with generalized application, which must find application both in the interpretation of the law and in that of the legal shop.

In particular, it constitutes a concrete application of the brocardo «*magis valet quam pereat*» enunciated by Giuliano and – albeit with different scopes of extension – by Ulpiano, Paolo and Marcello: brocardo which constitutes one of the foundations of the western legal tradition of civil law, and which – if referred to the texts promulgated by the legislator – involves two precise consequences:

- a. What is found in a normative document must have the function of innovating the legal system by producing certain consequences on it, unless the legislator has explicitly excluded the validity of a certain proposition, confining it to the mere ambit of rhetorical exercise;
- b. Any normative act of ambiguous meaning must, in doubt, be understood in its maximum useful meaning (Grassetti 1961).

Two arguments push the interpreter to extend these consequences to the Swiss legal system as well: one of a logical nature, and one of an exegetical-textual nature linked to art. 1 of the Civil Code of 1907.

From a logical point of view, the need to extend the *magis valet quam pereat* principle also to the constitutional regulatory provision – and therefore also to the preamble, it is due to the particular relationship that exists between issuer and recipient that exists in the documents promulgated by the legislature. This relationship is characterized by an interaction process in which:

- The issuer is called, in compliance with the principles of popular sovereignty and legal certainty, to form a cohesive and coherent text, endowed with complete meaning, aimed at obtaining the result of producing effects capable – mediately or immediately – of regulating the conduct of the associates in order to carry out a specific social project;
- The recipient has the right to demand, always in compliance with the principles of popular sovereignty and legal certainty, a cohesive and coherent text, endowed with a complete meaning, which is useful or relevant for regulating the conduct of the associates and thus contributing to the realization of a particular social project.

In a state of law, therefore, the sovereign people has the power to organize juridical communication through linguistic acts endowed with meaning and capable of effective impact on the law (*magis valeat*) rather than through rhetorical formulas devoid of meaning or effective legal value (*quam pereat*), unless it explicitly declares that – for reasons compatible

with the principle of reasonableness – in a specific regulatory communication it intends to create a sort of pleonastic or even meaningless “linguistic joke”.

Obviously, this does not mean that every statement contained in a normative document must assume the character of a prescriptive rule containing a command or a permit: there are statements that fall within the category of principles – without losing any juridical effectiveness – and have a teleological and /or parametric, and are therefore not addressed to all legal *subjects* but exclusively to the legislator and the interpreter with the aim of directing the activity of normative production or the hermeneutical action aimed at attributing a clear meaning to norms with ambiguous language.

The preamble to the Swiss Federal Constitution, which gives voice to the spirit of the Fundamental Charter, and calls the legislator, the administrator and the judge to respect – each for his part – can certainly be included in the latter category of statements. this originating *Volksgeist*. It enunciates, through a complete work of synthesis, the cultural matrix on which the fundamental pact between the associates is based, and expresses objectives and fundamental values specified and made concrete by the remaining constitutional provisions (Häberle 1982).

From an exegetical-textual point of view, there can be no doubts about the fact that the preamble to the Federal Constitution, and therefore also the invocation to God with which it opens, can be modified only through a formal constitutional revision: this implies that its strength of passive resistance must be considered the same as all constitutional norms, and that therefore it places itself – in the system of the hierarchy of sources of the Swiss legal system – at the top point.

Moreover, the preamble, which signifies the ethical-political goals and guiding principles of the Swiss Confederation, serves as a crucial complement to the provisions of Article 2 of the Federal Constitution; on the contrary, the latter provision, deprived of what is expressed in the preamble, would lose a large part of its legal effectiveness, being reduced to a provision of an exclusively emphatic nature and devoid of a precise programmatic value.

Since article 1 of the Swiss Civil Code of 1907 – which lays down the general provisions on normative interpretation, which must also be considered applicable to constitutional principles and rules – requires the jurists to direct their hermeneutical action by respecting the letter of the law, it is quite clear that he must also respect the letter of the preamble, in the light of the fact that it – placing itself at the top of the system of sources and contributing in a decisive way to the specification of art. 2 CF – is undoubtedly “law” in the technical-juridical sense.

It goes without saying that «respecting the letter of the preamble» means giving it a complete meaning and defining its essence in all its semantic complexity: so that the *narratio* it could not be read without the *invocatio*, since both represent inseparable parts of a normative complex wanted in a unitary way by the constituent legislator.

Of course, the preamble, and in particular the invocation to God contained in it, is a prescriptive normative proposition not expressed in an imperative form (Bobbio 1958), but rather a regulative meta-norm which concerns activities concerning norms (Guastini 2010). In other words, it offers the legislator and the interpreter a compass to orient themselves in the typical activity that distinguishes its function: so that both the procedures of normative production and the

activities aimed at providing a complete sense of a legislative provision will have to keep in mind consideration of what the preamble states in its *narratio* that in his *invocatio*.

Now, we must consider how an exclamation like the one that opens the federal Constitution can influence the interpretation and lawmaking process.

In other words, even admitting that the invocation to the divinity, as part of the preamble, can be qualified as a regulative meta-norm directed at the legislator and the interpreter and capable of directing their activity, as concrete options – both law that of juridical hermeneutics – can (and must) cause the Constitution to open with the exclamation «in the name of Almighty God!»? Is it possible that the activity of normative production should be so much conditioned by the *invocatio Dei* as to move towards a form of substantial confessionalism capable of rejecting any project of legal policy incompatible with Christian morality? Is it possible to expect from the interpreter that the work of attributing meaning to a normative proposition is always marked by submission and respect for the fundamental principles of Christianity?

### 3. ON THE FUNCTION OF THE INVOCATIO DEI IN THE PREAMBLE

The answers to the previous questions can only be negative.

In a democratic state of law that intends to respect the fundamental rights recognized by the *jus internationale cogens*, the normative grammar of a text such as the constitutional one can only be inclusive, or capable of serving as a valid axiological reference for the vast majority of citizens. Indeed,

if the Fundamental Charter, as Ernst-Wolfgang Böckenförde states, is not only a *Herrschaftsvertrag* («binding regulation of the organization, orientation and delimitation of the political power of the domain»), but also a *Gesellschaftsvertrag*, or the document with which an agreement is implemented, an agreement (*Vereinbarung*) aimed at setting out rules and fundamental principles of social coexistence (Böckenförde 2006), it is evident that it must arise from an *overlapping consensus* between the different *Weltanschauungen* present in the social body capable of enucleating a shared ethical common denominator (Rawls 1987).

In a national community, in which different visions of the world coexist, the constitutional act cannot be oriented exclusively towards the values of Christian morality or for drawing from Christianity the fundamental hermeneutic canons for interpreting constitutional norms. Secularism, a cardinal principle of all systems that have signed the ECHR, imposes respect for (confessional and cultural) pluralism, and binds the public authorities to the role of “impartial organizers” of the beliefs that develop within the social body. Naturally this does not exclude the possibility that each legal system can decline the principle of secularism according to some specific coordinates of a historical, cultural and sociological nature, so that these coordinates can have specific juridical consequences, provided that the State is able to guarantee the equal enjoyment of the rights of freedom to all confessions and the exercise of the right of religious freedom – within the limits established by art. 9 par. 2 of the Convention – to all individuals.

It must be emphasized that, according to the Swiss Federal Court, religious neutrality is not absolute. It is considered fully compatible with the structure of relations between

the State and the Churches – existing in numerous cantons – based on the attribution of legal personality under public law (and on the specific legal status connected to it) only to some confessional groups historically rooted in the territory. Therefore, as far as the Confederation is concerned, the validity of a principle of secularism emerges which – if on the one hand it appears weak as regards the regulation of relations between the cantons and the confederation (as it is marked by a proportionally greater position of freedom for the Churches with public law personalities) and some specific issues relating to the religious freedom of some minorities (prohibition of building minarets, issue of ritual slaughter, cemeteries) – on the other hand it generally guarantees freedom of belief and conscience, freedom of expression and general moral freedom also for a series of behaviors contrary to Christian ethics.

On the other hand, the impossibility of interpreting the *invocatio Dei* as an instrument aimed at creating a confessional state does not arise only in the relationship between the Federal Constitution and the Rome Convention – a juridically complex relationship since, in the system of sources of Swiss law, the eminent position of conventional international law can act as a limit to the action of the constituent legislator only within the boundaries set by art. 194, second paragraph of the Fundamental Charter – but also (and in my opinion above all) in compliance with art. 15 of the *Bundesverfassung*. Indeed, it seems clear to me that a normative hermeneutic aimed at paying homage to or even favoring principles and dogmas of Catholicism in the operation of attributing juridical significance to provisions of the law valid for all associates would constitute an evident limitation of the freedom of conscience of the non-Christians.

Therefore, it ought to be emphasized that Spaemann's reading of the relationship between God and the Constitution should be rejected: according to Spaemann the reference to God in the preamble of the fundamental Charter would legitimize the legislator to privilege the belief in a supreme being as the "normal" behavior of citizens and residents (Spaemann 2000), but this interpretation is clearly in opposition with the secularism of the State. But – while certainly significant of the concerns of a particular historical moment and profoundly linked to the commitment of Christians against all forms of totalitarianism and contempt for human dignity – it must also be pointed out the necessity to reject Barth's reading of the *invocatio Dei* as a "Christian sign", from bring together with three others (the cross on the flag, the writing on the 5-franc coin, the fact of being a nation founded on an *Eid*, on an oath before God) in order to justify a "vocational" dimension of the Confederation capable of justifying its commitment (also military) against all forms of totalitarianism (Barth 1941).

*Au contraire*, it must be emphasized the compatibility between the interpretation of Peter Saladin and the principle of secularism which characterizes the Swiss constitution: according to Saladin «die Anrufung Gottes wird [...] zur Anrufung einer irgendwie vorgestellten, geglaubten Transzendenz» (Saladin 1996); the invocation to God would become – not unlike what was proposed by the German jurist Willibalt Apelt – the constituent legislator's awareness that the Fundamental Charter crystallizes a precise system of values, pre-existing the decisions of the majority and centered on the Western and Christian conception of man and his dignity (Apelt 1949).



This hermeneutic opens up an answer – realistic and respectful of history – to the question of what kind of “God” is invoked within the constitutional pact. It is in fact evident that the attribute “omnipotent” which refers to the divinity in the legislative text, together with the deliberative process that convinced the legislator to re-propose the *invocatio Dei*, leads the interpreter to favor a correspondence between the God of the Constitution and the God of the Judeo-Christian tradition (Marti 1955).

On the other hand, however, this hermeneutic leads to the exclusion that the *invocatio Dei* wants (and can) build a Christian State: the fact that the Constitution was deliberated, approved and promulgated in the name of God of Abraham, of Isaac, of Jacob, of Jesus Christ means that it recognizes as pre-judicial and pre-political values that underlie it the values of Western civilization, shaped on the meeting of the Greek-Hellenistic tradition with the Christian message (Schmid 1991), as highlighted by Benedict XVI’s Regensburg speech.

This implies, as previously mentioned, that the invocation to God must be considered endowed with three distinct functions (Ehrenzeller 2002):

- a. A function of historical recognition of the fundamental values on which the confederal pact is based. Here we are faced with a complex investigation of a juridical, historical, philosophical and political nature, which however is prodromal to the correct interpretation of the current constitutional law. Indeed, if it is true, as previously mentioned, that the Constituent Assembly recognized, as pre-judicial and pre-political values underlying the *Bun-*

*desverfassung*, those of Western civilization shaped on the encounter between the Greek-Hellenistic tradition and the Christian message, it is equally true that the preamble does not specify – if not in part – what these values are and what concrete form they have assumed within the legal system. So here is the role of humanistic culture, and of the places where it is taught, in the study of law. The link of the juridical rule with history, with the earth, with culture, prevents – at least in my opinion – the degradation of the legal system to a simple collection of technical rules that must bend uncritically to the needs of the markets or to the populist demands of the moment. The law must be nourished by the contribution of different disciplines, philosophical, theological, literary, historical to be capable of not losing the reasons for which it is placed and the idea of society that it intends to contribute to shaping; and from this derives, at least in my opinion notice, the impossibility of correctly approaching the production and interpretation of the law without an adequate cultural (including theological) background that brings the law back – to quote Schmitt – to its link with the land in favor of which it is produced. The cultural roots of an entity endowed with sovereignty (and it doesn't matter if this body is called a Confederation or a canton) cannot be disregarded, under penalty of falling into juridical nihilism, and the work of revealing these roots is due to the contribution of different languages all with equal dignity.

- b. a symbolic function of reaffirmation of these values within the law in force;
- c. a teleological function of orientation of the action of the legislator, the interpreter and the judge aimed at their full

realization. The lack of detailed specification of the pre-judicial reference values on which the federal constitutional pact is based means that the language in which the *invocatio Dei* is articulated within the constitutional preamble is characterized by a high rate of symbolism. As is known, the symbol is a semantic structure that refers to another entity endowed with a certain charge of ideality, so that whoever decodes the signifier of this structure is naturally inclined to construct the meaning in relation to the entity callback. And so the invocation to God does not only constitute the commemoration of a tradition – that is, the one that arises from the encounter between Christianity and Hellenism – but confirms the validity of the latter as a reference for the action of all those who are called to produce and apply the law. The high rate of symbolism expressed in the *nominatio Dei* of the preamble therefore does not prevent the values on which the *christlich – abendländischen Tradition* – once identified through a combined action of the various disciplines mentioned above – can truly constitute one of the keys through which the judge can fill a rule with meaning or can constitute an impulse and limit to the legislator's action (Wertenbruch 1958). But this comes with a double caveat:

- The values of the *christlich – abendländischen tradition* must always be read, as previously mentioned, in an inclusive and not an exclusive way. This implies that there must be a very broad consensus around them, and that therefore their position of pre-eminence within the legal system must be recognized regardless of their ideological or faith affiliations. In

other words, the role of orientation and inspiration can only belong to that *Kerngehalt* of the set of values of the Christian and Western tradition to which even the majority of non-Christian and non-religious citizens pay homage (Fleiner 1976).

- The constitutional text, in its articulation, often offers an identification and a description of the *Kerngehalt* of the set of values of the Christian and Western tradition relevant for those who have to produce and interpret the law (see for example articles 7 and 8 CF). It is quite clear that the text of the Fundamental Charter must prevail over any ideological interpretation of the opposite sign, as well as the implementing provisions of the constitutional principles – be they of a federal or cantonal nature – if they respect the *jus international cogens* and the Fundamental Charter in force – cannot be accused of infidelity with respect to the values of the Christian – Western tradition. The Swiss legal system, as secular, offers the sovereign people the power to concretely implement the reference values through a first, immediate reference to the parametric role of the Constitution, for which the centrality of the text on the context is an indispensable fact.

#### 4. INVOCATIO DEI AND FREEDOM OF RELIGION IN THE SECULAR STATE. LAW, RELIGION AND SOCIAL TIES

To sum up, the secular nature of the Confederation prevents the interpretation of the *invocatio Dei* as a constitutional clause aimed at qualifying the Swiss legal system as a confessional

system in the Christian sense; moreover, the reference to God can only be inclusive, appearing as an element of unification of citizens regardless of their religion or vision of the world: in the light of the aforementioned considerations, the *invocatio* opens up to an emphasis on a series of values – characteristic of the Christian West – generally recognized as pre-judicial and pre-political references of the constitutional pact.

Hence the idea of a “secularization” of religious references within the Swiss legal system which could be read as the construction of a “civil religion” of all Swiss people.

We know that – in a general sense – civil religion is a complex structuring of values, rites, myths and symbols considered expressive of the bond between people and nation: civil religion is not built from dogma or supernatural revelation, but is structured from exaltation of the *Heimat* and by the ideal, cultural and historical processes which have formed or strengthened the relationship between the individual and the state community. Civil religion, in other words, is the set of those values which can be considered of such importance by the political community as to be considered sacred and intangible: their observance is not imposed on the associates by a divinity, but by practical reason, thus how it has evolved across the spectrum of history and cultural tradition.

We can therefore state that the preamble to the Federal Constitution represents a figurative and summary listing of Switzerland’s reference values: values considered to be so closely connected with the identity of the people and with the ethical foundations of society – from which springs the love for the State and harmonious coexistence among the associates – to be considered endowed with a sacred character. It is precisely this sacredness that justifies the call to

God: regardless of the different faiths, ideologies, visions of the world, the *Kerngehalt* of the socially shared values listed in the preamble, it has a mystical, moral and civic dimension that binds all Swiss people to respect it. Hence the need to call the highest guarantor of ethics, or “Almighty God”, as witness of this link, an expression with which the atheist or the agnostic can understand the imperative of his own moral conscience without the need to embrace necessarily no theistic view (Ehrenzeller 1998).

In many respects, this interpretation reconnects the “almighty God” guardian and guarantor of the fundamental reference values of the social pact to the τὸ κατέχον / ὁ κατέχων of the Epistle to the Thessalonians, at least in the interpretation of the latter given by Carl Schmitt. Almighty God, as the supreme guarantor of ethics, gives sacred force to the founding values on which the unity of the Swiss people rests, and thus prevents their dissolution.

From this point of view, the *invocatio Dei* would constitute a logical instrument of “detention” against ideologies wishing to make *a clean sweep* of the political theology on which not only Switzerland is founded, but – more generally – Western Europe. The preamble, and in particular the reference to God contained in it, prevents the public authorities from veering towards technocracy, from causing the death of any form of binding morality at a pre-judicial level and – finally – from destroying that axiological complex on which the social bond and therefore the identity (and the very essence) of the State.

It is quite evident that the “restraint” operated by the preamble cannot in any way be the only instrument capable of contributing to the continuation of the social bond: but

its functions (recognitive, symbolic and teleological) are endowed with great power, and renouncing them – especially in the face of the risks of social dissolution that come from a certain civic nihilism – can open the way to unforeseen and certainly not positive consequences for the peace and prosperity of the *Willensnation*.

## REFERENCES

- W. Apelt, Betrachtungen zum Bonner Grundgesetz, in: "Neue Juristische Wochenschrift", 1949, pp. 481-485.
- K. Barth, *Im names Gottes des Allmächtigen 1291 – 1941*, Zürich, Theologischer Verlag, 1941.
- M. Bertschi, T. Gächter, *Schöne Worte?, Zur Eignung der Präambel, des Zweckartikels und des Appells an die Verantwortung als Leitlinien staatlichen Handelns*, in *Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung*, M. Bertschi, T. Gächter (eds.), Zürich, Dike Verlag, 2000, pp. 3-32.
- N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958, pp. 75-90.
- E.-W. Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia*, Milano, Giuffrè, 2006.
- B. Ehrenzeller, *Im Bestreben den bund zu erneuern*, in *Der Verfassungsstaat vor new Herausforderungen*, Festschrift für Yvo Hangartner, B. Ehrenzeller et. to the. (eds.), St. Gallen-Lachen, Dike Verlag, 1998, pp. 981-1006.
- B. Ehrenzeller, *Präambel*, in *Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar*, Zürich, Dike Verlag, 2002, pp. 53-62.
- T. Fleiner, *Die rechtliche und staatsphilosophische Bedeutung der Praambel unserer Bundesverfassung*, in: "Reformatio", n. 25, 1976, pp. 24 ss.
- C. Grassetti, *Conservazione (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 174 ff.



- R. Guastini, *Le fonti del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010.
- P. Häberle, *Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen*, in *Demokratie in Anfechtung und Bewährung. Festschrift für Johannes Broermann*, J. Listl, H. Schambeck (eds.), Berlin, Duncker&Humblot 1982, 211-249.
- K. Lehmann, *Gott in der Europäischen Verfassung? – Hintergründe einer aktuellen Diskussion*, in: "Militärseelsorge", 2003, 127-141.
- H. Marti, *Die religiöse Präambel der Bundesverfassung*, Bern, Lehmann und Pulfer, 1955.
- J. Rawls, *The Idea of an Overlapping Consensus*, in: "Oxford Journal of Legal Studies", n. 7, 1987, pp. 1-25.
- P. Saladin, *Zur Präambel einer revised Verfassung*, in: "Reformatio", n. 45, 1996, pp. 269 ff.
- H.H. Schmid, *Die Schweiz der Zukunft – «Im names Gottes des Allmächtigen»?*, in: "Schweizerische Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht", n. 92, 1991, pp. 527 ff.
- R. Spaemann, *Normas morales and order jurídico*, in: "Persona y Derecho", n. 42, 2000, pp. 109-129.
- W. Wertenbruch, *Grundgesetz und Menschenwürde*, Köln-Berlin, C. Heymanns Verlag, 1958.