JUS- ONLINE 4/2025
ISSN 1827-7942
RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE
a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

LUCA PIETRO VANONI*

Il ruolo delle tradizioni nella interpretazione costituzionale. Riflessioni di diritto comparato**

English title: The Role of Traditions in Constitutional Interpretation. Reflections from a Comparative Law Perspective
DOI: 10.26350/18277942_000248

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'uso della storia e delle tradizioni nella metodologia comparata. – 3. Principio di neutralità e argomento culturale: una questione complessa. – 4. Tradizionalismo come metodo di interpretazione e diritto comparato. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Nel diritto comparato, il termine legal tradition è stato impiegato per identificare e classificare la struttura o il modello storico che informa un determinato ordinamento giuridico. Come ricordato da John Merryman, infatti, «legal tradition is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system» e pertanto «relates the legal system to the culture of which it is a partial expression» [1]. Negli ultimi decenni, esso è divenuto il «dominant paradigm» nello studio delle affinità e divergenze tra i sistemi giuridici, nonché del loro effettivo funzionamento[2] al punto che, quando si parla di diritto in una prospettiva comparata, gli studiosi spesso usano espressioni come "culture" legali, "famiglie" legali e "tradizioni" legali[3].

---

* Università degli studi di Milano (luca.vanoni@unimi.it).
** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*. Il saggio costituisce una rielaborazione della relazione tenuta al seminario "On the idea of tradition in legal interpretation" nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, 8 novembre 2024.
[1] J.H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford 1985, pp. 1-2.
[2] H. PATRICK GLENN, *Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2012, p. 423.
[3] G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali e comparazione: una riflessione*, in *Rivista AIC*, vol. 4, 2020, p. 298.

Oltre a costituire uno dei criteri di classificazione nello studio degli ordinamenti giuridici, le tradizioni svolgono un ruolo anche nell'interpretazione giuridica, influenzando il lavoro dei giudici chiamati a risolvere casi specifici. La prima ragione di questo fenomeno è forse intuitiva e risiede nella stessa natura del diritto che, in quanto scienza sociale, si confronta necessariamente con le norme – scritte e non scritte – che regolano le società in cui operano, dal momento che «legal reasoning and legal discourse take place within historical tradition that develop over time»[4]. L'idea stessa di tradizione è profondamente radicata nella natura umana, e gli individui tendono pertanto a considerare "ciò che si è sempre fatto" come un parametro di riferimento per interpretare il presente. Ne consegue che anche i giudici, in quanto esseri umani, ricorrono talvolta alle tradizioni per risolvere i conflitti giuridici.

Negli ultimi tempi, inoltre, almeno nella giurisprudenza della Corte Suprema americana, il ruolo delle tradizioni si è rafforzato ulteriormente, trasformandosi in una vera e propria metodologia interpretativa. Come osserva DeGirolami, il tradizionalismo ha ormai acquisito la specificità di uno strumento di interpretazione costituzionale distinto da altre tecniche che si basano, ad esempio, sul testo delle disposizioni, su principi morali, sulla ratio legislativa o su altre fonti ermeneutiche. Nelle parole dell'autore, infatti, «traditionalism finds the existence of a political or cultural practice to be legally authoritative in some degree for the interpretation of the Constitution today»[5].

Nel delineare i criteri di questa metodologia, l'autore ne illustra le specificità all'interno del contesto americano, distinguendola da altre teorie che si avvalgono della storia costituzionale (quale, ad esempio, l'originalismo) e chiarendo la differenza tra l'uso delle tradizioni e quello dei precedenti giudiziali. Tali precisazioni inseriscono il tradizionalismo all'interno del costituzionalismo statunitense, rendendone difficile una trasposizione in altri sistemi giuridici. Il concetto, infatti, si intreccia con dottrine come lo *stare decisis* o l'*original public meaning*, le cui applicazioni risultano meno immediate al di fuori del contesto giuridico americano.

Tuttavia, l'autore individua due principi chiave che potrebbero offrire spunti di riflessione anche in altri ordinamenti. Secondo DeGirolami:

---

[4] F. JIMENEZ, *Legal Principles, Law, and Tradition*, in *Yale J.L. & Human.*, vol. 33, (2022), p. 60.

[5] M. DEGIROLAMI, *The Traditions of American Constitutional Law*, in *Notre Dame L. Rev.*, vol. 95, (2020), p. 1129.

1. l'interpretazione tradizionalista si concentra sulle pratiche concrete, anziché su principi astratti o test generali, ritenendole costitutive del significato costituzionale;
2. affinché una tradizione possa essere considerata tale, essa deve essere radicata nel tempo e seguita con continuità. In altri termini, una pratica può definirsi autenticamente tradizionale solo se è stata adottata da generazioni precedenti e mantenuta dalla maggioranza delle persone sia durante sia dopo l'approvazione delle disposizioni costituzionali di riferimento[6].

Pur nati nell'alveo del costituzionalismo americano, questi due criteri possono costituire un indicatore utile ad orientare il lavoro degli interpreti anche in prospettiva comparata, soprattutto quando il contenzioso costituzionale riguarda il conflitto tra norme approvate in un contesto storico-sociale diverso da quello attuale.

Nel mio intervento desidero affrontare il tema dell'uso delle tradizioni nell'interpretazione costituzionale di casi riguardanti la libertà religiosa e il principio di laicità o di separazione tra ordini. In primo luogo questo è come noto uno dei campi in cui emerge maggiormente lo scontro storia e modernità. Inoltre, la giurisprudenza della Corte suprema sul Primo emendamento documenta spesso l'uso di argomentazioni che attingono alle tradizioni del paese per risolvere i casi concreti, e ha così contribuito a delineare i contorni del tradizionalismo come autonoma metodologia costituzionale. Infine, in chiave comparata, i conflitti sulla libertà religiosa forniscono un osservatorio privilegiato per comprendere il ruolo svolto dalle tradizioni religiose nella definizione delle identità costituzionali degli Stati moderni e nel processo di secolarizzazione delle società complesse contemporanee.

2. L'uso della storia e delle tradizioni nella metodologia comparata

[6] M. DEGIROLAMI, *Traditionalism Rising*, in *The Journal of Contemporary Legal Issues*, vol. 24: Iss. 1, Article 3, 2024, p. 14: «Traditionalism is instead by two key elements: (1) concrete practices, rather than principles, ideas, judicial precedents, and so on, as the determinants of constitutional meaning and law; and (2) the endurance of those practices as a composite of their age, longevity, and density, evidence for which includes the practice's use before, during, and after enactment of a constitutional provision».

Un primo approccio allo studio del ruolo delle tradizioni negli ordinamenti giuridici consiste nell'analizzare come le norme costituzionali sul principio di separazione tra Stato e Chiesa trovino concreta applicazione. Una delle sfide più complesse per le democrazie contemporanee riguarda infatti il delicato equilibrio tra il peso delle tradizioni culturali e l'esigenza che lo Stato moderno, per potersi definire liberale, mantenga una dimensione in qualche misura "secolare". Il tema della secolarizzazione, come noto, è complesso, ed è stato studiato dalla sociologia e dalla filosofia politica come un processo storico multidimensionale, capace di descrivere il la graduale differenziazione funzionale della politica (e della scienza) dalla religione, ma anche il declino della credenza e della pratica religiosa nelle società e nelle comunità politiche. Tale processo è stato è stato inizialmente letto come una progressiva ma inesorabile privatizzazione del fenomeno religioso, ma anche come un fenomeno più complesso che, rimodulando continuamente il suo significato, continua a incidere nelle nostre società attraverso il continuo ritorno delle religioni nello spazio pubblico[7].

Quale che sia l'esatta definizione del processo di secolarizzazione, esso incide inevitabilmente sul piano giuridico e sulla teoria liberale dello stato democratico. Le moderne democrazie devono garantire infatti un sufficiente grado di separazione tra Stato e religione che, allo stesso tempo, consenta la pacifica convivenza tra visioni religiose o areligiose della vita[8]. Tuttavia, come acutamente ricordato da Charles Taylor, «si concorda generalmente che la democrazia moderna debba essere "secolare"», ma il termine solleva domande complesse, e non vi è sempre un consenso chiaro su quale debba essere il suo significato[9].

Il tema non è nuovo, dal momento che l'interazione tra lo Stato e le istituzioni religiose risale all'emergere dello Stato di diritto inteso come costrutto costituzionale autonomo e retto sul principio della sovranità popolare. Per questo, esso si è sviluppato in forme e modelli giuridici tra loro anche profondamente diversi, strettamente correlati agli sviluppi storici, economici, sociali, religiosi, identitari dei diversi ordinamenti.

---

[7] J. CASANOVA, *Oltre la Secolarizzazione*, Bologna 2000.

[8] Cfr. ad esempio S. MANCINI, M. ROSENFELD, *Nationalism, Populism, Religion, and the Quest to Reframe Fundamental Rights*, in *Cardozo L. Rev.*, vol. 42, (2020), pp. 101 ss.

[9] C. TAYLOR, *The meaning of secularism*, in *Hedgehog Review*, vol. 12, No. 3, (2010), pp. 23-24: «it is generally agreed that modern democracies have to be "secular". There is perhaps a problem, a certain ethnocentricity, involved in this term. But even in the Western context the term is not limpid and may in fact be misleading. What in fact does it mean?».

Non è questa la sede per ripercorrere le molte e diverse soluzioni adottate dai vari sistemi; ai nostri fini, è sufficiente individuare due linee generali di tendenza che – pur nelle molteplici sfumature – sembrano incidere nella interpretazione costituzionali delle clausole costituzionali concernenti il principio del separatismo e protezione della libertà religiosa.

Per alcuni, l'uso del termine "secolare" comporta inevitabilmente il confinamento delle religioni al di fuori dello spazio pubblico, e pertanto le clausole costituzionali che ad esso si ispirano dovrebbero sancire una forte e invalicabile separazione tra Stato e chiesa e una assertiva neutralità delle istituzioni pubbliche nei confronti del fenomeno religioso. Il nucleo portante di questa teoria è che la religione deve essere confinata puramente nel privato, perché essa è una forma di discorso razionale che, come tale, deve essere sfera pubblica democratica.

Per altri, lo Stato secolare è profondamente impegnato a proteggere la libertà dei cittadini di perseguire la propria felicità, e anche se la Costituzione stabilisce un certo tipo di separazione tra Stato e Chiese, le pratiche religiose sono generalmente ammesse nello spazio pubblico. Questa concezione aperta del separatismo alla presenza pubblica del fenomeno religioso generalmente inteso mantiene una certa imparzialità nei confronti delle diverse confessioni, che è efficacemente dalle parole del Presidente Americano Eisenhower: «Our Government makes no sense unless it is founded on a deeply held religious belief—and I don't care what it is!»[10].

Come noto, entrambi questi approcci si basano avvenimenti storici che hanno forgiato diverse tradizioni giuridiche dei diversi ordinamenti. Ad esempio, già alla fine del XVIII secolo, il primo approccio si è storicamente sviluppato in Francia per proteggere la debole nuova Repubblica dall'influenza di una potente Chiesa cattolica, mentre dall'altra parte dell'Atlantico, i Framers americani, preoccupati dell'eccessivo potere del nuovo governo federale, introdussero nel Primo Emendamento un meccanismo volto a proteggere «the garden of the Church form the wildness of the world»[11].

Questo esempio storico ci aiuta a comprendere la differenza tra un approccio strettamente positivista alle clausole costituzionali e una

[10] Come riportato da P. BERGER, G. DAVIE, E. FOKAS, *Religious America, secular Europe? A theme and variation*, Oxon-New York 2008, p. 10.

[11] Secondo la visione di Roger William. Cfr. J. WITTE-A. NICHOLS, *Religion in the American Costitutional Experiment*, Oxford 2008, in particolare, pp. 20-37.

interpretazione storico-tradizionalista del diritto. Se guardiamo le norme giuridiche, infatti, sia il sistema francese che quello americano stabiliscono, almeno formalmente, una forte separazione tra Chiesa e Stato.

In Francia, infatti, la *laicitè* è stata sancita dapprima dalla *Loi concernant la séparation des Églises et de l'État in 1905* più tardi codificata dell'art. 2 della Costituzione come uno degli elementi che qualificano la forma di Stato Francese, e costituisce addirittura «la pietra angolare del patto repubblicano», come ricordato dalla *Commission de réflexion sur l'application du principe de la laïcité* nel 2003. Negli Stati Uniti, invece, il Primo Emendamento statuisce che «il Congresso non potrà approvare nessuna legge per il riconoscimento ufficiale della religione», e una lettura strettamente formale di tale disposizione l'ha associata ad un vero e proprio "muro di separazione" che definiva un modello di *strict separation* o *no-aid* per il quale Chiesa e Stato dovrebbero essere talmente separati da rendere impossibile qualsiasi contatto tra le due sfere di incidenza[12]

Questa interpretazione strettamente testuale, tuttavia, non è in grado di spiegare come il principio separatista abbia concretamente operato nella storia dei due diversi sistemi. In Francia, infatti, la laicità ha forgiato un sistema politico e culturale in cui simboli, pratiche, tradizioni religiose sono generalmente vietati nei luoghi pubblici, affidandosi ad una *neutralità assertiva* dello spazio pubblico asettico, nel quale le concezioni religiose dei credenti sono ammesse solo nel privato.

In America, invece, il Primo Emendamento ha permesso per molti anni la presenza di pratiche religiose pubbliche, stabilendo una sorta di deismo cerimoniale che ha influenzato anche le istituzioni politiche. Per secoli, gli americani hanno celebrato pubblicamente le origini religiose della loro Costituzione, permettendo al Presidente di menzionare "Dio" nei suoi discorsi o al Congresso di aprire le sue sessioni con preghiere. Non è questa la sede per ripercorrere la lunga storia della interpretazione della *Establishment clause* in America, ma più modestamente di osservare come, le ragioni di tale fenomeno vadano ricercate nella storia, e nelle tradizioni, più che nella lettera delle disposizioni[13]. I primi cittadini delle

[12] J. WITTE-A. NICHOLS, *Religion in the American Costitutional Experiment,* Boulder, 2011; V. VALENTINI, *Gli Stati Uniti e la Religione. Separatismo e libertà religiosa nella democrazia americana*, cit., p. 35.

[13] In riferimento, oltre alla vastissima dottrina americana, si permetta di rinviare alle considerazioni da me svolte in L.P. VANONI, *Pluralismo religioso e stato post-secolare*,

colonie americane, infatti, erano dissidenti politici e religiosi che cercavano di ritrovare nel nuovo mondo la libertà perduta in quelle nazioni europee che, dopo la pace di Westfalia, avevano abbracciato una religione ufficiale in ossequio al motto *cuius regio eius et religio*. Ciò spiega, al contempo, la particolarità americana rispetto a quella francese: una volta guadagnata l'indipendenza dal re inglese, i *Framers* vollero costruire un sistema costituzionale che proteggesse la libertà faticosamente conquistata dal potere civile dell'Unione federale. Il separatismo americano nasce pertanto a tutela della libertà e del pluralismo e ciò ha favorito, sotto il profilo istituzionale, un forte legame tra la nazione e il fenomeno religioso.

Questa breve considerazione spiega come, dal punto di vista della metodologia comparata, lo studio delle tradizioni storiche di un paese sia fondamentale per comprendere il funzionamento, le affinità, le divergenze tra istituti giuridici comuni. Come ricordato da Giovanni Bognetti, infatti, compito del diritto comparato è quello di «comprendere quello *sviluppo storico di complicati episodi storici* che sono, nella realtà effettiva gli ordinamenti giuridici», e occorre rifuggere dalla tentazione di «reificare» o «ontologizzare» i concetti giuridici, nel tentativo di comprenderne «l'essenza astorica» e poi applicarla in diversi contesti[14]. Per compiere questa operazione, risulta indispensabile uno studio delle tradizioni intese – come ricorda De Girolami – non come principi astratti o test generali, ma come pratiche concrete. Nel nostro esempio, infatti, questo approccio permette di cogliere i limiti della cosiddetta teoria della secolarizzazione, intesa come mera dichiarazione di neutralità rispetto a pratiche e tradizioni religiose. Tale teoria, che «secondo una opinione assai diffusa e ben radicata, sarebbe un portato inevitabile della modernità»[15], si rivela in realtà poco utile per comprendere la complessità dei nostri ordinamenti contemporanei. L'utilizzo corretto del metodo storico comparatistico, consente così di rilevare come «national religious and cultural traditions have recently come to play a new role in shaping the contemporary identity of the states: they have been considered in

Torino, 2016 e, più di recente, in A. PIN-J. WITTE, *Libertà religiosa e diritti umani. Origini e futuro tra Europa e Stati Uniti*, Bologna, 2023.

[14] G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Torino 1996, *passim*.

[15] P. BERG-G. DAVIES-E. FOKAS, *America religiosa, Europa laica*, Bologna 2008, p. 3.

their connections with modern human rights, rather than as opposed to them»[16].

3. Principio di neutralità e argomento culturale: una questione complessa

Le considerazioni di De Girolami sull'uso delle tradizioni nella interpretazione giuridica non si limitano tuttavia a considerarne l'importanza da un punto di vista del ricorso alla corretta metodologia comparativa. Secondo l'autore, infatti, il tradizionalismo ha assunto oggi il ruolo di uno strumento interpretativo che, nato a partire dalla analisi storica, è oggi utilizzato dai giudici della Corte suprema per risolvere casi concreti. All'interno del sistema costituzionale americano, esso si colloca dunque accanto alle altre, numerose, teorie o test interpretativi usati dalli giudici supremi per risolvere i contenziosi sulle *religious clauses* generati almeno a partire da *Everson v. Board of Education* (1947)[17].
Il tema si presta ad una lettura comparatistica proprio in ragione della diffusione di una certa idea di secolarizzazione, diffusasi in America ma anche in Europa a partire dalla seconda metà dello scorso secolo, che ha fortemente inciso sulle tradizioni e pratiche religiose. Spesso, infatti, agli ordinamenti contemporanei è richiesto di trovare un equilibrio tra l'esigenza di garantire l'uguaglianza tra le varie concezioni (religiose o areligiose) della vita e il tentativo di non erodere in modo definitivo i legami con le tradizioni storiche (e anche religiose) del Paese. Il processo di secolarizzazione e l'avvento della globalizzazione hanno però fortemente influenzato questo processo e spesso il compito di trovare questo equilibrio è spettato ai giudici, sempre più chiamati a risolvere conflitti relativi alle identità religiose, alla libertà religiosa o a-religiosa, al principio di uguaglianza di tutti i cittadini alla legge.
Si tratta di un tema complesso: come ricordato dal Chief Justice Rehnquist, infatti, questi conflitti giuridici chiedono ai giudici di rispettare due facce di una stessa medaglia, dal momento che

«Our institutions presuppose a Supreme Being, yet these institutions must not press religious observances upon their citizens. One face looks

[16] A PIN, *Religions, national identities, and the Universality of Human Rights,* in *Oxf. J. Law Relig*., vol. 3, (2014), p. 432.
[17] *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

to the past in acknowledgment of our Nation's heritage, while the other looks to the present in demanding a separation between church and state. Reconciling these two faces requires that we neither abdicate our responsibility to maintain a division between church and state nor evince a hostility to religion by disabling the government from in some ways recognizing our religious heritage»[18].

Molti sono i casi che la Corte suprema, ma anche i giudici europei, sono stati chiamati a risolvere, e altrettanti i test giudiziali e le soluzioni offerte all'interno dei singoli ordinamenti giuridici. Tuttavia, su un piano macro-comparativo, è possibile forse rilevare come, per affrontare questa sfida, i giudici abbiano spesso cercano di estrarre da una certa definizione di "Stato secolare" uno standard giuridico da utilizzare come strumento per riconciliare, una volta per tutte, i casi riguardanti la presenza della religione nello spazio pubblico. Pur operando una inevitabile semplificazione, mi sembra di poter rilevare come, in momenti diversi e con esiti non sempre congruenti, le Corti si siano affidate (a volte persino nello stesso ordinamento) a due diversi parametri per risolvere tali conflitti: il principio di neutralità, e il c.d. argomento culturale (o storico-culturale).
L'uso del principio di neutralità da parte dei giudici è stato ampio e diversificato. Il tema è certamente complesso, e la stessa idea di neutralità si presta a letture anche profondamente differenti, come rilevato anche dai filosofi del diritto[19]. Per quel che qui rileva, l'applicazione della neutralità deriva da una concezione forte della secolarizzazione che implica una separazione rigorosa e netta tra Stato e Chiesa volta a tutelare la libertà dalla religione prima ancora della libertà di religione. In Italia, ad esempio, questa idea è stata usata dalla dottrina per definire lo Stato laico come «la risultante sul piano delle istituzioni di un'impostazione etica informata al non cognitivismo e alla relativizzazione dei modelli assiologici» da cui discende «un obbligo di neutralità attiva»[20]. Una concezione della laicità, quest'ultima, che talvolta è stata accolta anche dai

[18] *Van Orden v. Perry* 545 U.S. 677 (2005) (Chief Justice Rehnquist concurring opinion).
[19] Il nucleo del principio può forse essere ricavato dalle parole di John Rawls: «as a practical political matter no general moral conception can provide a public recognized basis for a conception of justice in the modern democratic state». Cfr. J. RAWLS, *Justice and fairness: political not metaphysical*, in *Philos Public Aff*, (1985), p. 205.
[20] F. RIMOLI, *Laicità (dir. cost.)*, in *Encl. Giur. XVIII*, Roma 1990, p. 2.

giudici ordinari, ad esempio per disporre la rimozione dei crocifissi dalle aule scolastiche. Come rilevato dal giudice Montanaro nel famoso caso Adel Smith, infatti:

«le giustificazioni addotte per ritenere non in contrasto con la libertà di religione l'esposizione del crocifisso (...) sono divenute ormai giuridicamente inconsistenti, storicamente e culturalmente anacronistiche e addirittura contrapposte ai principi che impongono il rispetto per le convinzioni degli altri e *la neutralità* delle strutture pubbliche *di fronte a contenuti ideologici*»[21].

Il secondo criterio adottato dai giudici per risolvere questo conflitto si basa su un'interpretazione dello Stato laico che valorizza le identità storico-culturali della nazione. Seguendo questo approccio, nell'esaminare i casi loro sottoposti, le Corti tengono conto delle tradizioni e delle pratiche culturali radicate nella storia del Paese, valorizzandone il significato istituzionale, e talvolta persino costituzionale. Così facendo, la giurisprudenza tende a minimizzare il contenuto religioso di certe pratiche massimizzandone quello civile; sempre per rimanere al caso italiano, i giudici amministrativi hanno così talvolta legittimato l'esposizione pubblica dei crocifissi sostenendo che, in un ambiente non religioso come la scuola, tale simbolo:

«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 dagli alunni. (...) [esprimendo] in modo adeguato *l'origine religiosa dei valori* di tolleranza, di rispetto reciproco, di valorizzazione della persona, di affermazione dei suoi diritti, di riguardo alla sua libertà, di autonomia della coscienza morale nei confronti dell'autorità, di solidarietà umana, di rifiuto di ogni discriminazione, *che connotano la civiltà italiana*»[22].

È importante precisare che questi due esempi non esauriscono certo l'annoso problema della esposizione dei crocifissi nelle aule scolastiche italiane, e molte sono le pronunce che – in modo diverso – hanno provato

[21] Cfr. Tribunale dell'Aquila, ord. 23 ottobre 2003, p.to 5 del considerato in diritto (corsivo aggiunto).
[22] Cons. Stato, Sez. IV, 13 febb. 2006, p.to 3 (corsivo aggiunto)

a risolvere il dilemma in campo nazionale ma anche sovranazionale, come documentato dalla famosa decisione della Grande camera nel caso *Lautsi v. Italia* che, ancora oggi, rappresenta una pronuncia capostipite nella interpretazione dell'art. 9 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo[23]. Spesso, inoltre, neutralità e argomento culturale si sono ricomposti all'interno delle varie pronunce, nel tentativo di trovare accomodamenti utili a risolvere i casi più complessi. Tuttavia, le estremizzazioni di questi due esempi aiutano forse a mettere in luce i problemi che sorgono ogniqualvolta i giudici si affidino, esclusivamente, all'uno o all'altro criterio.

Entrambi gli approcci presentano infatti alcune criticità, la principale delle quali è che cercano di ricavare da una certa definizione astratta di "Stato secolare" test e standard legali utili a risolvere i casi una volta per tutte. In questo modo, da un lato, il principio di neutralità assertiva tende a ossificare e universalizzare l'idea di secolarizzazione, traducendola in una concezione di laicità pressoché incompatibile con la presenza della religione nello spazio pubblico. Questa teoria mostra il limite di escludere radicalmente le tradizioni storiche che hanno contribuito a forgiare i sistemi politico-costituzionali: emblematico è il caso della nota esclusione delle radici giudaico-cristiane dal progetto di Costituzione europea, scelta che – in nome di tale visione secolarista – ha comportato anche l'eliminazione di altre origini non religiose, come il pensiero greco e i valori dell'Illuminismo, dal testo finale del Trattato di Lisbona. Di converso, il criterio storico-culturale tende a interpretare alcuni valori del costituzionalismo liberale (come il principio di separazione degli ordini) esclusivamente all'interno di ciascun ordinamento, ontologizzandone la storia e favorendo inevitabilmente la religione maggioritaria a discapito delle minoranze. Così facendo, questo approccio rischia di ancorarsi eccessivamente al passato, cristallizzando il tempo, e si rivela forse troppo rigido per misurarsi con le tradizioni religiose dei nuovi arrivati e con i processi migratori che stanno trasformando le nostre democrazie pluraliste.

4. Tradizionalismo come metodo di interpretazione e diritto comparato

[23] In riferimento, tra i molti, sia consentito di rinviare a L.P. VANONI, *Laicità e libertà di educazione*, Milano, 2013; M. LUGATO, *The "Margin of Appreciation" and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity*, in *J. Cath. Legal Stud.*, vol. 52, (2013), pp. 49; 53.

Partendo da questo contesto, occorre considerare la proposta di De Girolami dapprima nel contesto americano e quindi in una prospettiva comparata, per valutare se essa rappresenti una metodologia capace di offrire spunti utili anche ad altri ordinamenti. Come ricordato in precedenza, due sono i presupposti teorici di tale metodologia nella risoluzione dei casi concreti: 1) essa si concentra si concentra sulle *pratiche concrete*, anziché su *principi astratti* e 2) eleva tali pratiche a tradizioni solo quando esse sono *radicate nel tempo* e seguite con *continuità*.
Lo stesso De Girolami osserva come tale metodo interpretativo trovi riscontro in un passaggio della sentenza *Town of Greece v. Galloway* (2014). Per soddisfare il primo criterio, la Corte Suprema ha affermato che:

«[*I*]*t is not necessary to define the precise boundary of the Establishment Clause* where history shows that the specific practice is permitted. Any test the Court adopts must acknowledge *a practice* that was accepted by the Framers and has withstood the critical scrutiny of time and political change»[24].

In secondo luogo, la Corte ha chiarito che la pratica in esame (relativa all'usanza di aprire le sessioni legislative con una preghiera) non solo era stata pacificamente ammessa dai *Framers* (e dunque risponde al criterio originalista nella interpretazione della *Establishment clause*), ma è anche perdurata nel tempo, dal momento che «the majority of the other States also had the same, consistent practice»[25]. Pertanto, chiarisce De Girolami, «the Court emphasized the age of a political and cultural practice, its duration across several distinctive periods that included the founding but persisted thereafter, and its consequent authority for interpreting the Establishment Clause»[26].
Di recente, la Corte Suprema ha nuovamente adottato tale metodologia per decidere sulla legittimità di una preghiera recitata durante una partita di football in una scuola pubblica. Il caso è particolarmente interessante perché mette in contrasto da un lato la libertà religiosa del coach (e dei

[24] *Town of Greece*, 134 S. Ct. at 1818–19, 1823 (corsivo aggiunto).
[25] Id.
[26] M.O. DEGIROLAMI, *The Traditions of American Constitutional Law*, in *Notre Dame L.* Rev., vol. 95, (2020), p. 1130

suoi giocatori) di professare liberamente il proprio credo garantito dalla *Free exercise clause* e il principio di separazione, sancito dalla *Establishment* clause, che impone alle scuole pubbliche di non favorire una religione rispetto ad un'altra. In *Kennedy v. Bremerton School District*, la Corte suprema ha risolto la controversia a favore di coach Kennedy, dal momento che

«In the name of protecting religious liberty, the District [il distretto scolastico n.d.r.] would have us suppress it. Rather than respect the First Amendment's double protection for religious expression, it would have us preference secular activity»[27].

Partendo da tale considerazione, i giudici supremi chiariscono che l'utilizzo di un parametro giuridico troppo rigido nella lettura del principio separazionista può portare i giudici al paradosso di utilizzare l'*Establisment Clause* per sopprimere la *Free Exercise Clause*: sotto questo profilo, pertanto, l'opinion di maggioranza decreta il (definitivo?) superamento del *Lemon test* (nato negli anni 70 come espressione del principio di neutralità) definendolo come un «ahistorical, atextual approach» che «this Court has abandoned»[28].
Nella *opinion* di maggioranza, la Corte riconosce così che la preghiera in questione costituiva una tradizione a lungo praticata dalla scuola e – dal momento che era volontaria e non obbligatoria – legittima espressione della libertà religiosa di coloro che intendono praticarla, dal momento che:

«The Constitution and *the best of our traditions* counsel mutual respect and tolerance, not censorship and suppression, for religious and nonreligious views alike»[29].

Utilizzando le tradizioni all'interno della interpretazione costituzionale, la Corte è stata così in grado di conciliare la libertà dell'allenatore di esprimere pubblicamente le proprie convinzioni, con il significato originalista della *Establishment clause*, che non impone una visione

[27] *Kennedy v. Bremerton School District,* 597 U.S. (2022).
[28] Ibidem
[29] Ibidem (corsivo aggiunto).

secolare del mondo, ma consente di avere opinioni diverse (religiose e non) nella sfera pubblica.
In *Town of Greece* e in *Kennedy* la Corte sembra aver voluto abbandonare la pretesa formalistica di declinare da una certa concezione dello stato secolare un criterio o un principio astratto utile a risolvere tutti i casi a lei sottoposti. Al contrario, come ricordato dalla Corte suprema in *Kennedy*, la linea che divide ciò che è ammissibile da ciò che non lo è nella interpretazione delle *religious clauses* deve tenere in considerazione «historical practices and understandings» [30]. Come ricordato da De Girolami, «what people have done, year after year, decade after decade, has determined the meaning of what the text required and the consequent law of the Constitution»[31].
Il tradizionalismo costituisce un metodo interpretativo che sta animando il dibattito dottrinale negli Stati Uniti da almeno due decenni. Soprattutto negli ultimi anni, la attuale Corte suprema sembra aver abbracciato, almeno in parte, tale metodologia sollevando apprezzamenti, ma anche critiche da parte della dottrina[32]. Sebbene costituisca una tecnica tipica dell'ordinamento americano, esso può forse fornire indicazioni generali utili anche in prospettiva comparata.
Un'apertura ad un approccio pratico nella risoluzione dei conflitti religiosi sembra infatti essere stata adottata, di recente, anche dalle Sezioni Unite della nostra Cassazione[33] che, chiamata ancora una volta a pronunciarsi sull'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, ha dapprima ritenuto che in astratto l'obbligo di esposizione di tale simbolo contrasterebbe con il principio di laicità dello Stato italiano, per poi risolvere la controversia ammettendone l'esposizione in quella *particolare* circostanza. Utilizzando anche la comparazione con le soluzioni adottate in altri ordinamenti, infatti, il giudice osserva che «il venir meno dell'obbligo di esposizione non si traduce automaticamente nel suo contrario, e cioè in un divieto di presenza del crocifisso nelle aule scolastiche» dal momento che la scuola italiana

[30] Ibidem.
[31] M.O. DEGIROLAMI, *Traditionalism Rising*, in *The Journal of Contemporary Legal Issues*, vol. 24, ss. 1, Article 3, 2024, p. 15.
[32] L. SOLUM-R. BARNETT, *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition*, in *Nw. U. L. Rev.*, vol. 118, (2023), pp. 433 ss.
[33] Cassazione, Sez. Un. civ., sent. 9 settembre 2021, n. 24414

«è anche uno spazio pubblico condiviso in cui la presenza della simbologia religiosa [...] descrive ricognitivamente le fedi, le culture, *le tradizioni* dello Stato-comunità: di quella comunità di persone che abita tale spazio»[34].

La Corte di Cassazione abbraccia così un criterio capace di tenere conto sia delle ragioni della laicità, che non è compatibile con una disposizione che imponga la presenza *obbligatoria* di un simbolo che rimane per sua natura religioso[35], sia una tradizione storica che, quando è praticata dalla comunità scolastica, non è di per sé vietata. Qualora, come nel caso di specie, la presenza del crocifisso sia decisa volontariamente dagli studenti[36], essa è allora ammissibile perché abbraccia una concezione del pluralismo religioso che promuove «una dimensione dello stare insieme improntata alla logica dell'*et et* e non dell'*aut aut*», in cui le soluzioni vanno ricercate «in concreto attraverso un dialogo costruttivo»[37].
Non è forse un caso che, sotto il profilo comparato, la Corte di Cassazione abbia utilizzato, nella sua pronuncia, un indiretto richiamo alla giurisprudenza americana, statuendo che il caso a lei sottoposto costituisce «una pura ombra» (mere shadow) più che una «reale minaccia» (real threat)[38]: il riferimento è alla famosa concurring opinion scritta da Justice Goldberg nella sentenza *School Dist. of Abington Twp. v. Schempp*, secondo cui «the measure of constitutional adjudication is the ability and willingness to distinguish between real threat and mere

[34] Id., § 13 (corsivo aggiunto)
[35] Id. §11.6: «l'esposizione autoritativa del crocifisso nelle aule scolastiche pubbliche non è compatibile con il principio supremo di laicità dello Stato. L'obbligo di esporre il crocifisso è espressione di una scelta confessionale. La religione cattolica costituiva un fattore di unità della nazione per il fascismo; ma nella democrazia costituzionale l'identificazione dello Stato con una religione non è più consentita».
[36] È opportuno ricordare che il caso riguardava la vicenda di un docente di scuola superiore sanzionato per avere rimosso il crocifisso dal muro dell'aula, prima dell'inizio delle proprie lezioni; così facendo il professore aveva violato un ordine di servizio che, dando seguito a una deliberazione in tal senso dell'assemblea di classe degli studenti, aveva chiesto che nell'aula fosse esposto il crocifisso. Cfr. a riguardo le considerazioni, anche critiche, di M. TOSCANO, *Il crocifisso 'accomodato'. Considerazioni a prima lettura di Corte cass., Sezioni Unite civili, n. 24414 del 2021*, in *Stato, Chiese E Pluralismo Confessionale*, vol. 18, (2021), p. 45 ss.
[37] Cassazione, Sez. Un. civ., sent. 9 settembre 2021, n. 24414, § 19.
[38] La Corte ha utilizzato le parole del giudice Goldberg per distinguere un precedente caso deciso dal Tribunale di Brescia da quello esaminato nella sentenza di specie, ricordando che si è in presenza di «Real threat nel primo caso; mere shadow nel nostro» (p.to 20 cons. in dir.)

shadow»[39]. La Cassazione sembra così accogliere un criterio utile per distinguere, praticamente, i casi in cui un giudice riscontri un reale pericolo per la libertà religiosa da quelli in cui, al contrario, la fattispecie da decidere sembra riguardare solo contese teoriche e/o pretestuose.

5. Conclusioni

Il tradizionalismo suggerisce una metodologia interpretativa che invece che affidare la soluzione dei casi concreti alla applicazione di un certo principio astratto ricavato dalla teoria della secolarizzazione, prende in considerazione le tradizioni che sono realmente praticate nella società. In questo modo, esso è forse in grado di riconciliare queste ultime con la modernità, senza con questo utilizzare la storia in modo monolitico, congelando l'interpretazione costituzionale nel passato. Del resto, come ricordato da Justice O'Connor più di venti anni fa:

«Certain ceremonial references to God and religion in our Nation are the inevitable consequence of the religious history that gave birth to our founding principles of liberty. It would be ironic if this Court were to wield our constitutional commitment to religious freedom so as to sever our ties to the traditions developed to honor it»[40]

In prospettiva comparata, questo approccio può essere utile a ricavare due criteri che possono guidare l'interprete nella risoluzione dei casi concreti:

a) l'obiettivo delle Corti non solo quello di applicare una certa idea astratta di Stato secolare o di laicità, ma facilitare pragmaticamente il pluralismo e la pace religiosa all'interno della società;

b) la presenza della religione nello spazio pubblico non riguarda solo una relazione binaria tra Stato e Chiesa, ma piuttosto una relazione triangolare più complessa che coinvolge lo Stato, la religione e la società civile, perché le tradizioni sono praticate dalle comunità e dalle persone, non dalle istituzioni.

Questi due criteri generali possono esser utili all'interprete per mettere la situazione nel giusto contesto, orientando il suo lavoro verso un approccio

[39] *School Dist. of Abington Twp. v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963) (Justice Goldberg concurring).
[40] *Elk Grove Unified School Dist. v. Newdow* 542 U.S. 1 (2004) (Justice O' Connor concurring).

realisticamente pluralista. Quando i giudici siano chiamati a dirimere contese relative alla presenza pubblica di simboli o pratiche religiose/tradizionali, essi sono tenuti a saggiare con attenzione il contesto specifico in cui i conflitti si verificano e le concrete lesioni dei diritti religiosi o non religiosi in gioco. Sotto il profilo argomentativo, pertanto, la soluzione dei casi sottoposti ai giudici non dipende tanto dall'applicazione di un sillogismo coerente con le sue (indiscusse e indiscutibili) premesse, ma dalla capacità di cogliere, nella realtà e nell'esperienza concreta, le ragioni del vivere insieme.

Abstract: In recent decades, traditionalism has emerged as an autonomous methodology in constitutional interpretation in the United States, where the Supreme Court has emphasized the role of established practices. DeGirolami distinguishes traditionalism from other hermeneutic techniques, highlighting the historical rootedness and continuity of practices. From a comparative perspective, this approach is central to conflicts over religious freedom and secularization. The article examines the use of traditions in First Amendment jurisprudence in a comparative context and their impact on constitutional identities, highlighting the relationship between tradition and modernity in contemporary societies and the evolution of constitutional law.

Keywords: Traditionalism; Religious Freedom; Neutrality argument; Historical approach.