



# Coscienza e Libertà

SEMESTRALE DI LIBERTÀ RELIGIOSA, LAICITÀ, DIRITTI DAL 1978



**N. Colaianni**

**Diritto "ecclesiastico"  
fra retaggi del passato,  
problematiche attuali  
e sfide future**

S. Baldassarre - J. M. Torròn  
H. Mueller - F. Clavairolly  
G. Fattori - R. Mazzola  
G. Carobene - P. Cavana  
P. Consorti - G. Macrì - A. Ferrari  
S. Ferrari - N. Colaianni  
V. Pacillo - D. Romano

# Diritto ecclesiastico attuale\*

**Nicola Colaianni**

*già Consigliere della Corte suprema di Cassazione*

*e ordinario di Diritto ecclesiastico nell'Università di Bari "Aldo Moro"*

## ABSTRACT

**Il diritto ecclesiastico attuale, ripensato come sottosettore del diritto pubblico avente ad oggetto la libertà della dimensione religiosa, variamente atteggiata – anche ir-religiosa o a-religiosa –, della personalità, è capace di contrastare il potere delle maggioranze ma anche delle minoranze religiose di tendenza totalizzante. E agevola la giurisdizione nella ricerca di un "accomodamento ragionevole".**

## SOMMARIO

1. Le fonti non rinnovate – 2. L'affievolimento del dualismo e del bilateralismo – 3. Il diritto ecclesiastico attuale come diritto pubblico delle religioni – 4. Contro le maggioranze ma anche le minoranze di potere – 5. Il confronto con la giurisdizione.

## 1. Le fonti non rinnovate

Come i sei personaggi della commedia di Pirandello, il diritto ecclesiastico è in cerca d'autore. Quello principale, il legislatore (al ruolo complementare della giurisdizione si accennerà dopo), non gli fornisce più la materia prima, di cui ogni ramo del diritto ha bisogno per aggiornare la ricostruzione del quadro di sistema. In particolare, la legislazione di derivazione bilaterale, cardine dell'intera disciplina secondo un'interpretazione enfatica degli articoli 7 e 8 della Costituzione, è ferma al pacchetto di norme del concordato e dell'intesa valdese di quarant'anni fa. Per vero, la politica del diritto ecclesiastico enunciata dal presidente del consiglio Craxi nel discorso del 25 gennaio 1984 si articolava nella revisione del concordato lateranense, nell'avvio di intese con altre confessioni religiose e in "una normativa di diritto comune destinata a

\*Linee-guida, senza note bibliografiche, di un saggio più ampio in corso di elaborazione.

regolare interessi non disciplinati o non disciplinabili sulla base di semplici intese". Lessico non perspicuo, potendosene inferire che la bilateralità, propria ovviamente anche del concordato, sia la via normale della legislazione ecclesiastica e che il diritto comune sia residuale rispetto alle intese, limitandosi a regolare aspetti rimastine fuori. Tuttavia, dall'intero discorso si desumeva il rovesciamento del rapporto non foss'altro perché il numero delle confessioni è indefinito e – dato che vi si consideravano perfino quelle "prive di organizzazione giuridica" – indefinibile sicché la disciplina dei loro rapporti con lo Stato non può essere coperta interamente dalle intese. Il diritto comune, quindi, si pone a garanzia dell'uguale libertà di ogni confessione religiosa e dell'uguale diritto di ogni individuo alla libertà – positiva, negativa o agnostica – nei confronti della religione. Con la funzione fondamentale, perciò, di assicurare che il divario inevitabilmente creato da concordato e intese tra gli appartenenti alle confessioni e i *nones*, privi di affiliazione religiosa, venga lasciato e garantito nella parte che tutela la diversità e colmato nella parte che attiene alla libertà.

In realtà, questo progetto di "grande riforma" della legislazione ecclesiastica in senso costituzionalmente orientato trovò, bensì, una prima, timida attuazione nel disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri nella seduta del 13 settembre 1990 ma non ebbe fortuna parlamentare. In anni recenti la prima commissione della Camera ne ha ripreso l'idea ma ancora senza risultati, se non quello di aver fornito il destro alla fondazione Astrid (con il coordinamento di Roberto Zaccaria) per formulare una proposta di legge, articolata in modo ben più rispondente ai bisogni individuali e collettivi in materia grazie a un'accurata ricerca a più voci sulla "legge che non c'è". Il diritto comune, insomma, resta incredibilmente contenuto nella legge 1159/1929, pur se almeno amputata dalla Corte costituzionale delle parti più segnate dall'autoritarismo fascista. La mancanza dell'intervento riformatore sul piano del diritto comune ha orientato sempre più le organizzazioni confessionali a ottenere attraverso le intese una *communicatio privilegiorum*, come la chiamava Jemolo, cioè un'automatica trasposizione delle norme favoritive ed espansive di libertà dal concordato e dalla prima intesa alle altre confessioni in modo da livellarne quanto più possibile il trattamento. Le intese hanno, quindi, prodotto un'equiparazione limitata tra confessioni, rendendole quasi vasi comunicanti: pensate come intese speciali, sono diventate intese comuni, non servono a tutelare le specificità



delle identità confessionali ma solo a estendere la disciplina più favoritiva alle confessioni “notabili” – per usare l’espressione di Guido Calabresi – della società, quelle da “cerimonia pubblica”.

Di qui il fenomeno delle intese-fotocopia, che infatti si sono moltiplicate fino a raggiungere il numero di tredici con quella stipulata nel 2021 con la Chiesa d’Inghilterra e approvata dal Parlamento con legge n. 210/2021: prive di originalità, consistono sostanzialmente nella distribuzione di un altro esemplare, *mutatis mutandis*, dell’intesa-tipo, quella valdese. Ma tale sistema non è riproducibile all’infinito perché la stipulazione di intese è, ovviamente, a discrezione del governo. E anzi lo è addirittura l’inizio stesso del procedimento, trattandosi, come ha chiarito qualche anno fa la Corte costituzionale (sentenza n. 52/2016) a riguardo della domanda della UAAR, di un atto politico. La sentenza – che è andata in contrario avviso al Consiglio di Stato e alla Cassazione – è ampiamente criticabile sia per la riesumazione della categoria dell’atto politico nella sua massima espansione sia per la limitazione, o praticamente il disconoscimento, del diritto alla tutela giurisdizionale a fronte del mero arbitrio selettivo del governo, anacronisticamente immune dall’onere di motivazione. Ma presenta anche un aspetto positivo: un riposizionamento delle intese, una loro teorica spoliazione degli elementi comuni a tutte le confessioni (e in molti casi a tutte le formazioni sociali altruistiche e non lucrative) per restituirne la disciplina ad “ambiti collegati ai caratteri peculiari delle singole confessioni”, ad “esigenze specifiche”, a “specifici atti”, finalizzandola “a concedere loro particolari vantaggi o eventualmente a imporre loro particolari limitazioni”. Il terzo comma dell’art. 8 secondo questa interpretazione non è, quindi, funzionale al principio di eguale libertà sancito nel primo comma di quella disposizione, non ha rispetto a quello una “funzione servente”, non è una norma antidiscriminatoria. È attraverso il primo comma, invece, che “sicuramente la Costituzione impedisce che il legislatore, in vista dell’applicabilità di una determinata normativa attinente alla libertà di culto, discrimini tra associazioni religiose, a seconda che abbiano o meno stipulato un’intesa”.

Quest’ultima parte della decisione della Corte – pur nella sua astrattezza dalla realtà politica, che come detto non ha nella sua agenda una legge attuativa del primo comma dell’art. 8 – sembra comunque interpretabile come una virtuale dichiarazione di illegittimità delle leggi basate su intese nella parte

in cui, invece che semplicemente derogare alla disciplina comune in ragione di specifiche esigenze e peculiari caratteri di ciascuna confessione (del tipo: festività religiose, spazi cimiteriali, macellazioni rituali, colportori, ecc.), introducano esse stesse una disciplina comune solo alle confessioni stipulanti, di carattere privilegiario rispetto alla legge generale. Questa standardizzazione in effetti ha prodotto un diritto comune delle intese, costituito dalle norme che ricorrono sostanzialmente inalterate in ciascuna di esse, che ben potrebbe essere reso applicabile a tutte le confessioni attraverso una legge comune: riconoscimento degli enti e del matrimonio religioso civilmente efficace, istruzione religiosa a richiesta degli studenti, libero ingresso dei ministri di culto nelle istituzioni segreganti, finanziamento pubblico tramite offerte deducibili e riparto dell'otto per mille (per vero, queste norme tributarie andrebbero collocate in una legge comune riguardante non solo le confessioni religiose ma tutte le organizzazioni a finalità *no profit* e specificamente altruistiche e umanitarie, quali ad esempio *Amnesty international*, *Emergency*, ecc.)

Proprio questa era l'operazione, aderente al precetto costituzionale dell'uguale libertà, tentata, nella persistente mancanza di una legge generale, per via giurisprudenziale. Attrice ne fu la congregazione dei Testimoni di Geova con riguardo alla norma sulla deducibilità dal reddito, ai fini dell'IRPEF, delle erogazioni liberali dei fedeli delle sole confessioni religiose firmatarie di un'intesa recepita con legge. Ma la Corte con la sentenza n. 178 del 1996 dichiarò inammissibile la questione, dando rilievo prevalente alla specificità delle disposizioni di ciascuna intesa e al loro contenuto precettivo variamente modulato. Il che è indubbiamente esatto quanto ad aspetti, tuttavia, marginali rispetto al nucleo essenziale delle disposizioni, che è il medesimo – la deducibilità fino a un tetto predeterminato, uguale per tutte – e sembrerebbe perciò suscettibile di estensione anche alle confessioni senza intesa. Secondo la Corte, invece, tale possibilità è *in limine* preclusa appunto dalla mancanza di una disciplina, posta da una legge comune, volta ad agevolare l'esercizio del diritto di libertà religiosa.

Rimane, quindi, la mancanza di rinnovamento delle fonti, che appaiono ormai quasi inaridite. Non che non sia apparso talvolta qualche rigagnolo che tocca perfino profili di materie già disciplinate bilateralmente o con queste connesse e perciò, a rigore, rientranti nei "rapporti" da disciplinare con la stes-



sa modalità. Si pensi, ad esempio, agli oratori (l. 1° agosto 2003, n. 206) o allo stato giuridico degli insegnanti di religione (l. 18 luglio 2003, n. 186) o anche, più recentemente, alla disciplina dell'apertura dei luoghi di culto dettata, a monte degli specifici protocolli concordati, da una serie di decreti del presidente del consiglio dei ministri, attuativi di una legge unilaterale (d.l. n. 19/2020, convertito in l. n. 35/2020). Ma si tratta di interventi legislativi che solo indirettamente possono ritenersi incidenti sulla libertà religiosa e le confessioni, già effettivamente garantite dalla Costituzione e da altre leggi, comprese quelle di derivazione bilaterale. Quanto agli oratori si tratta, invero, espressamente del riconoscimento della loro funzione sociale nella promozione dello sport, della solidarietà, del tempo libero, del contrasto dell'emarginazione ecc. senza nessun accenno, in questa pur amplissima elencazione contenuta nell'art. 1 l. cit., ad attività di preghiera, di culto, di educazione religiosa in genere. Analogamente la legge 186/2003 è finalizzata a estendere agli insegnanti di religione cattolica le norme di stato giuridico contenute nel testo unico in materia di istruzione, eliminandone, quindi, la precarizzazione. E così la legge che ha consentito al governo di intervenire con decreto sull'apertura dei luoghi pubblici o aperti al pubblico, compresi quelli di culto, è stata dettata da ragioni inerenti alla tutela della salute.

## **2. L'affievolimento del dualismo e del bilateralismo**

Lo striminzito panorama legislativo qui evocato – che non valgono ad ampliare le disposizioni sparse nei testi legislativi più vari, specialmente comunque in materia tributaria e interessanti soprattutto gli enti confessionali – è frutto solo di ingiustificata inerzia, di deplorabile trascuratezza del legislatore? Così certamente è se si pensa alla vicenda della legge generale sulla libertà di religione, anche se nella presupposizione – irrealistica – di un legislatore ordinato e completo, che, seppur ovviamente non con la priorità riservata alle urgenze del momento, programmi comunque l'attuazione dei principi costituzionali nella legislazione ordinaria. Ma il fatto che l'omissione legislativa sia persistita e persista (anche augurabilmente, bisogna riconoscere, come ha fatto anche Casucelli su questa *Rivista* dopo aver sconsolatamente esaminato i programmi dei vari partiti e le proposte di legge presentate nella scorsa legislatura dalle forze dell'attuale maggioranza governativa) pur nell'alternarsi di governi di diversa

e non di rado opposta tendenza politica nell'arco di quattro decenni non può non orientare verso ragioni più profonde. Nel senso, cioè, che al di là di variegate posizioni su temi specifici che di tanto in tanto emergono, le maggioranze parlamentari che si susseguono siano complessivamente appagate dell'assetto normativo ormai consolidato, composto dal concordato e da un numero aperto di intese oltre alla legge del 1929, ritenuta sufficiente per soddisfare le esigenze più elementari delle altre confessioni.

In realtà la disciplina del diritto ecclesiastico si è formata e si è alimentata del dualismo secolare tra Stato e Chiesa (cattolica, cui si fa particolare riferimento in Italia, ma anche le altre Chiese cristiane in genere), tra *regalis potestas* e *auctoritas sacrata pontificum*, risalente all'antico principio gelasiano *duo dignitates distinctae*. Un dualismo che ha conosciuto periodi non sempre di conflittualità ma anche di conciliazione e di amicizia, come in Italia dopo il Concordato: secondo il criterio distintivo, teorizzato da Carl Schmitt, dell'amico-nemico, che indica «l'estremo grado di intensità di un'unione o di una separazione, di una associazione o di una dissociazione». Un dualismo, per dir così, istituzionale, che ha incarnato però per lungo tempo la «contrapposizione fra intolleranza e libertà religiosa» (Ruffini). Ebbene questo tipo di dualismo intransigente s'è andato sempre più stemperando e il diritto della Chiesa di ammonire – nella versione classica del *ius publicum ecclesiasticum externum* perfino di sanzionare *servata proportione* – i poteri politici *ratione peccati*, dopo il Concilio vaticano II, che ha impostato la questione in termini di aiuto al mondo contemporaneo (cost. *Gaudium et spes*, 43), viene giustificato solo *ratione boni perficiendi*. Se ne ebbe una chiara testimonianza subito dopo la firma del concordato revisionato quando la presidenza della Conferenza episcopale, pur esprimendo soddisfazione per la conclusione delle lunghe trattative, dichiarò di attendersi «coerenti sviluppi dell'impegno di collaborazione per il bene del Paese», conformemente appunto alla nuova impostazione conciliare, del resto ricordata nel preambolo dell'accordo. La serie di materie proposte era praticamente infinita: «la promozione della vita e della famiglia, l'educazione sanitaria e i servizi socio-sanitari e assistenziali, la lotta contro le nuove forme di emarginazione, le iniziative per la gioventù, la qualificazione dei mezzi della comunicazione sociale, la promozione del volontariato interno e internazionale, l'impegno per il terzo mondo e per la pace, la valorizzazione del territorio e della sua cultura».



Segni – non sempre senza contraddizione, s'intende – di questo progressivo ammorbidimento del dualismo si possono scorgere nell'acquiescenza a misure legislative e a interventi giurisprudenziali obiettivamente riduttivi della portata di alcune norme del concordato revisionato. A cominciare dalla mancanza assoluta di reazione alla estensione dell'otto per mille, una misura stabilita concordatariamente senza riserve e condizioni, anche a confessioni con intesa. E, a parte critiche di carattere prevalentemente dottrinario e non politico, sostanzialmente la Chiesa neppure ha contrastato la giurisprudenza della Cassazione sulla caduta della riserva e il conseguente concorso di giurisdizioni sul matrimonio concordatario, nonché la più recente delimitazione dei casi di delibazione delle sentenze di nullità con la ritenuta ostatività della convivenza coniugale ultratriennale. Analoga considerazione si può fare per la raggiunta facoltatività dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche.

A voler individuare un comune denominatore di queste condotte capaci di segnare un avvicinamento, piuttosto che una contrapposizione, tra i due ordinamenti si scorge agevolmente la laicità, affermata da parte italiana con la storica sentenza n. 203/1989 della Corte costituzionale. Di questo principio anche il papa Francesco mostra di condividere alcuni elementi consustanziali: il pluralismo e l'uguaglianza di rispetto per tutte le confessioni e formazioni sociali, comunque ideologicamente caratterizzate. Nel documento *Evangelii gaudium* egli ha sottolineato la necessità del pluralismo: riconoscimento pubblico delle maggiori religioni e «rispetto dovuto alle minoranze di agnostici o di non credenti», con l'unico limite che tale rispetto non «metta a tacere le convinzioni di maggioranze credenti o ignori la ricchezza delle tradizioni religiose» (il papa parla non solo *pro domo sua*, dal momento che cita anche sinagoghe e moschee). Esortazioni non tanto generiche, come potrebbero apparire, se il segretario di stato, card. Parolin, proprio in un convegno per il trentennale del concordato, svoltosi il 12 febbraio del 2014, ha potuto precisare senza ambiguità che «il moderno Stato pluralista e democratico (...) necessariamente non può non essere laico, pena il venir meno della sua neutralità o imparzialità». E di conseguenza i «valori di base» (espressione mutuata da Böckenförde, l'autore di riferimento) di cui lo Stato ha bisogno possono essere trasmessi non solo dalla Chiesa ma anche dalle «altre comunità religiose e in genere le forme strutturate della vita sociale». Da notare che quest'ampia apertura coincide sostanzialmente con la

visione della Corte costituzionale di una laicità in “regime di pluralismo” non solo confessionale ma anche “culturale”. La libertà religiosa, quindi, si accompagna alla libertà culturale. Vanno insieme, non può esservi l’una senza l’altra: *simul stabunt aut simul cadent*.

Naturalmente non v’è certezza che il rinnovamento ecclesiale in atto possa orientare verso una “religione laica” – con la rinuncia, cioè, alla pretesa che le proprie tesi morali, asseritamente di diritto naturale, siano imposte a tutti tramite il diritto dello Stato – e influire anche sui rapporti con lo Stato mettendo fine alla contrapposizione dualistica sulla quale si è storicamente modulata la laicità, specie nella versione francese *de combat*. Certamente però lo smottamento del dualismo è importante perché non è soltanto ideologico ma anche sociologico. Il dualismo, infatti, era alimentato anche dall’esistenza di una “società religiosa”, composta da cittadini che, pur se non praticanti con assiduità o frequenza, vi ricorrevano in massa per i riti di passaggio, dalla nascita alla morte, uniformandosi appunto ai dettami morali della Chiesa.

Questa massa va diminuendo. Lievemente per i battesimi (secondo una ricerca di Garelli del 2016, tra i giovani compresi nella fascia di età tra i 18 e i 29 anni circa il 90% risulta battezzato) ma accentuatamente per i matrimoni, sopravanzati da quelli in forma civile che nel 2019 hanno raggiunto il 52,7%, senza contare le unioni civili (che crescono in misura marcata: +32,0%) e le convivenze di fatto o registrate. Vero che sono tutti i matrimoni, in qualunque forma celebrati, in continua diminuzione: nel 2021 sono stati celebrati 180.416 matrimoni, il 2% in meno rispetto al 2019, anno precedente la crisi pandemica. Ma nello stesso periodo è più accentuata la diminuzione dei matrimoni religiosi: -5,1%. E il lieve aumento di tutti i matrimoni nei primi nove mesi del 2022 - secondo i dati provvisori +4,8% rispetto allo stesso periodo del 2021 – è dovuto esclusivamente alla crescita dei matrimoni civili (+10,8%). Significativo, benché notevolmente inferiore a quello dei matrimoni religiosi, anche il *trend* dei non avvalentisi dell’insegnamento di religione cattolica: nell’anno scolastico 2020/21 sono stati 1.014.841 su 7.214.045 studenti, corrispondenti al 14,07% (nelle scuole superiori il 19,07%) rispetto al 13,53% dell’anno precedente e al 12,90% di due anni prima. Si può ipotizzare che il sempre maggiore carattere culturale, che col tempo va assumendo, consenta a questo insegnamento di opporre più forte resistenza all’ondata della secolarizzazione.



Una società religiosa compatta, anche solo potenzialmente in conflitto con la società civile, non esiste più. Il dualismo ne esce indebolito non solo sul piano ideologico ma anche su quello sociologico. E se non c'è conflitto vien meno la necessità di regolazioni bilaterali a livello di rapporti tra istituzioni. Si riepande la competenza della legge unilaterale, di carattere generale. All'interno e sulla base della quale c'è spazio piuttosto per la bilateralità amministrativa, fatta di quegli «accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale» previsti dall'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo. Ciò è avvenuto nella cosiddetta "fase 2" della pandemia, quando diversi "protocolli" sulla ripresa delle celebrazioni religiose sono stati conclusi tra il Ministero dell'interno e varie "comunità di fede" (non solo confessioni religiose in senso formale), in qualità di "parti sociali", per poi essere recepiti tramite rinvio nei decreti governativi. E la Chiesa ha accettato di figurare come formazione sociale, anziché come istituzione del rango riconosciute dall'art. 7 Cost., soddisfatta solo della cortesia diplomatica di un accordo riservato, distinto da quello collettivo con le altre "comunità di fede". È, in sostanza, una presa d'atto del mutamento epocale prodotto dal pluralismo.

### **3. Il diritto ecclesiastico attuale come diritto pubblico delle religioni**

L'affievolimento del dualismo è, quindi, alla base dell'inacidimento delle fonti di derivazione bilaterale e, in parte (l'altra causa essendo, come detto, l'incompletezza costituzionale del legislatore), della stessa legislazione unilaterale. Non può non risentirne la disciplina del diritto ecclesiastico, che sulla specialità delle fonti aveva costruito un sottosistema normativo fondato sul principio della necessaria bilateralità pattizia in termini sovente incompatibili con gli altri principii costituzionali. E in effetti il diritto ecclesiastico godeva di una forte e indiscussa autonomia normativa tale da elevare il concordato a sistema, che, grazie soprattutto alla copertura formale ottenuta dalla Costituzione, appariva in sé perfetto, autosufficiente e autoreferenziale – una proiezione, in fondo, del carattere perfetto della società ecclesiale pur negli stati moderni –, idoneo addirittura a configurare un proprio ordine pubblico. Il diritto costituzionale, come il diritto pubblico in genere, veniva concepito come "altro da sé" in una dialettica che vedeva prevalere il *favor religionis* rispetto al *favor libertatis*. Per questa "ecclesiofilia postconcordataria" (Tarello) gli ecclesiasticisti, in genere,

vengono tuttora percepiti come gli “esperti legali” dell’eccezione confessionale, specificamente cattolica, e del valore dei simboli e – qualunque significato gli si voglia attribuire – del “sacro” (idea che si attaglia più propriamente al diritto canonico, scienza sacra per definizione, ma utilizzabile secondo alcuni (Perini) per intendere le costituzioni come *civil religions*). Che l’ateismo e l’agnosticismo, pur situandosi fuori o all’opposto delle credenze positivamente religiose, rientrano a pieno titolo nell’orbita del diritto ecclesiastico è acquisizione rimasta a lungo fuori del comune ordine di idee degli studiosi della materia.

L’approdo ritardato alla lettura unitaria della Costituzione ha reso difficile ostacolare il “diritto illegittimo”, che nasce dalla divaricazione tra il dover essere costituzionale e l’essere concordatario della libertà di religione, e contribuire alla costruzione di una giuridicità interattiva tra fonti disparate e non appiattita sulla semplice interordinamentalità. Questo ritardo si coglie all’indomani della Costituzione, a mio modesto avviso, anche in studiosi di grande levatura, come Cesare Magni, che nel teorizzare assiomaticamente la specialità del “diritto ecclesiastico civile” assumeva tuttavia come parametro il diritto comune e non anche, e soprattutto, il diritto costituzionale (per esempio, sull’onere di previo avviso di riunioni pubbliche all’autorità di P.S.). Una dialettica men che isolazionista ma finalmente dialogante, disposta a indagare illegittimità costituzionali di parti diverse di quel sistema, si registra per la prima volta a livello sistematico con lo studio monografico di Francesco Finocchiaro su *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*. Un dialogo poi avviato collettivamente dalla dottrina con un convegno di rottura quale quello tenutosi a Siena per iniziativa di Anna Ravà nel 1972. Ivi il dialogo con le altre discipline si svolse a tutto tondo, tanto che la relazione di base fu affidata al privatista Pietro Rescigno e segnò una svolta irreversibile negli studi ecclesiasticistici con la considerazione della chiesa cattolica tra le società intermedie o formazioni sociali. Ma specifico rilievo assunse il dialogo con il diritto costituzionale, giustamente esaltato di recente in un convegno svoltosi nella stessa sede in occasione del cinquantesimo, ove in conclusione (Emanuele Rossi) s’è convenuto che «deve ripensarsi al ruolo stesso del diritto ecclesiastico, non più confinabile nell’ambito di un diritto “speciale”».

In effetti, essendo ormai del tutto marginale la legislazione di derivazione pattizia, la parola-chiave “specialità”, fondata su di essa, non ha più la forza di



giustificare una diversità essenziale di questa disciplina di settore rispetto al diritto costituzionale e, considerando i molteplici risvolti amministrativi, pubblico in generale. Più che un dialogo tra interlocutori distinti e magari contrapposti è dato, perciò, di scorgere una compenetrazione delle due discipline, una sub-materia che convive con la vasta area condominiale (Pizzorusso) basata sul diritto costituzionale. Il dialogo è quello interdisciplinare che ogni settore dell'ordinamento (penale o privato o tributario ecc.) intrattiene ordinariamente con la legge superiore, per reinterpretarsi a questa stregua ed evitare, all'opposto, di "addomesticare" la Costituzione alla luce delle elaborazioni di settore.

Il diritto ecclesiastico non è, non può essere, un compartimento stagno, un sistema chiuso ed impenetrabile agli scambi, un settore di normazione autonomo con propri principii, tecniche, percorsi indipendenti, senza considerazione del non scritto nelle proprie fonti ma risultante da una lettura unitaria della Costituzione. La libertà, che ne è l'oggetto di studio – quella individuale e collettiva di religione o dalla religione o contro la religione –, fa corpo, infatti, con le altre libertà garantite da una Costituzione, che è una Costituzione bilanciata (Fioravanti), contenente cioè un sistema di limiti e garanzie ai pubblici poteri o, più concretamente, al dominio delle maggioranze. Il diritto ecclesiastico, cioè, non diversamente dal diritto costituzionale in genere ha ad oggetto uno specifico diritto fondamentale – tra l'altro il primo insieme alla libertà di coscienza ad essersi affermato. Con questa specificità (altro dalla specialità, come già evidenziato da Salvatore Berlingò) contribuisce, nondimeno, a tutelare la più generale libertà culturale del cittadino.

Il diritto ecclesiastico attuale, non più poggiando sulla specialità di un settore normativo in senso proprio (tal non essendo quello concordatario o della bilateralità pattizia), riguarda un sottosectore del diritto pubblico, quello ruotante attorno alla libertà di religione e alle sue implicazioni e ricadute su vari istituti dell'ordinamento. Una disciplina "oggettuale", quindi, nel senso indicato da Massimo Severo Giannini: con una validità conoscitiva e, quindi, didattica ma non con una validità oggettiva. Di questo "nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano" si discusse già vent'anni fa in un seminario organizzato a Genova da Giovanni Battista Varnier. E allora proposi di ridefinire la disciplina, per comunicarne il suo aspetto attuale, come "diritto pubblico delle religioni" (contribuendo poi a descriverne il contenuto con un libro così intitolato). Cam-



bia il punto di vista e, quindi, anche il modo di vedere: non più ecclesiasticamente ma costituzionalmente, non dalle norme (residualmente) speciali del (sotto)settore alla Costituzione, ma da questa, dal costituzionalismo, a quelle. La definizione mi pare, oggi ancor di più, rendere l'idea di un gruppo di norme e di istituti giuridici, volti a disciplinare direttamente interessi specificamente attinenti alla dimensione religiosa, variamente atteggiata – anche, cioè, ir-religiosa o a-religiosa –, della personalità e osservati dal punto di vista dei diritti individuali e sociali (non delle organizzazioni di appartenenza, ma) della persona. Serve a sottolineare la funzione attuale della disciplina, di importanza fondamentale per contrastare, come ora si passa a vedere, un comunitarismo, di cui le comunità islamiche sono solo la punta dell'iceberg, che opprime i diritti di libertà.

#### **4. Contro le maggioranze ma anche le minoranze di potere**

La libertà religiosa, in uno alla libertà culturale e a tutti i diritti di libertà, è universale perché è virtualmente contro le maggioranze. Le maggioranze politiche che governano lo Stato, prima di tutto. Ma anche, nel caso, le maggioranze religiose legate da patti ai pubblici poteri o le maggioranze ir-religiose che rendono difficile l'esercizio del culto pubblico o della propaganda religiosa. Come scrive Ronald Dworkin, «un diritto nei confronti dello Stato significa poter fare qualcosa anche quando la maggioranza pensa che sarebbe sbagliato farla o quando la maggioranza avrebbe dei danni se ciò venisse fatto». Condividendo questo carattere dei diritti fondamentali, il diritto ecclesiastico elabora specificamente il "qualcosa", pur se anti-maggioritario o anti-utilitarista, che possa fare il credente, appartenga o non a una confessione, il diversamente credente o credente solitario, l'ateo, l'agnostico, il *none*, per tutelare la propria dignità nel campo attinente alle religioni.

Prendere sul serio il diritto di libertà di religione in questo amplissimo spettro implica che il diritto ecclesiastico attuale non sia più il diritto ecclesiastico ricevuto. Non solo perché accanto alle *ecclesiae* sono comparse altre organizzazioni religiose, del ceppo abramitico e oltre. E neppure solo nel senso che accanto alle religioni positive bisogna doverosamente ammettere sullo stesso piano le organizzazioni filosofiche e non confessionali. Ma nel senso che non può tutelare la soggettività religiosa solo indirettamente attraverso le



confessioni in cui essa si struttura(va). La tutela dev'essere diretta, a protezione di ogni persona nella sua individualità e relazionalità. Quindi, anche contro quelle comunità di tendenza totalizzante nell'atto in cui, assoggettandovi i propri fedeli, diventino nuovi principi, teoricamente proteggendo ma in realtà opprimendo i diritti di libertà di ciascun aderente, costretto a seguire le norme comunitarie.

Ciò implica un nuovo compito, apparentemente paradossale, per il diritto ecclesiastico attuale. Esso, ovviamente, non è più il diritto a tutela della maggioranza religiosa, come pure per lungo tempo è stato a motivo della torsione concordataria subita dall'ordinamento, ma neppure è il diritto a difesa delle minoranze religiose in genere, come sia pur dopo molti anni è diventato grazie al disgelo costituzionale. Esso è anche un diritto contro le minoranze religiose che vogliano atteggiarsi come soggetti comunitari titolari di una giurisdizione parziale o almeno di una "amministrazione congiunta" (*joint governance*) per esempio sul diritto di famiglia. Il riconoscimento di un pluralismo normativo si risolve in realtà nella creazione di una pluralità di monismi, di un arcipelago di comunità chiuse e impenetrabili, ciascuna con il proprio statuto al quale ogni appartenente, d'ordinario automaticamente per nascita, è assoggettato.

Le dottrine "comprehensive" (Rawls), di cui sono portatrici e a cui in maniera fondamentalistica si ispirano nella loro azione queste comunità, sono potenzialmente capaci di mettere in crisi il pluralismo religioso e culturale affermato dalla Corte costituzionale come regime ordinario dello stato costituzionale di diritto. L'assolutizzazione dello specifico comunitario distorce, infatti, il principio di eguaglianza, trasferendolo dal piano degli individui (tutti sono eguali) a quello delle culture (tutte sono eguali), ovvero dal piano etico individuale a quello metaetico delle culture (Ferrajoli). Il multiculturalismo diventa così la negazione del pluralismo, che assicura invece uguale valore e protezione alle differenze culturali di ogni persona, quelle che distinguono un individuo da ogni altro ma sempre ne fanno una persona uguale a ogni altra. La libertà religiosa (o a-religiosa o ir-religiosa o diversamente religiosa) è in conflitto, perciò, con i cosiddetti diritti "culturali", come l'abbigliamento o le mutilazioni rituali, o nel campo del diritto di famiglia con una libanizzazione del tessuto sociale, per cui il matrimonio viene interamente assoggettato ai diritti religiosi, con possibilità di combinarlo o di scioglierlo per ripudio maritale in quello islamico



o con divieto di scioglierlo con divorzio civile, in quello cattolico.

Questa protezione della libertà religiosa di ogni persona si esplica poi, si direbbe a più forte ragione, a favore di ogni soggetto che non faccia parte della comunità che si pretenda offesa dalla sua condotta svolta nell'esercizio di quella libertà o, in generale, della libertà di critica e di manifestazione del pensiero. Emblematico è il caso della satira, che le comunità religiose mal sopportano al punto che loro aderenti, affetti da integralismo fino al fanatismo – in Europa segnatamente islamici –, si ritengono legittimati a farsi ragione da sé medesimi usando violenza omicida. O anche della propaganda irreligiosa, dei suoi luoghi e delle sue forme, anche di recente discussa nelle aule giudiziarie (v. Corte Edu, 13 ottobre 2022, Eloise Bouton c. Francia). È il diritto ecclesiastico, più attento alla genuinità delle opzioni religiose, che può contribuire a sfatare in questo campo il “mito della cornice” (Popper) e a veicolare e rendere comune l'idea che negli stati costituzionali la cornice non è unica e predefinita e immutabile ma risulta dall'incontro e dallo scontro, sempre rinnovabili e rinnovati, tra cornici differenti.

## **5. Il confronto con la giurisdizione**

Il diritto ecclesiastico, avendo ad oggetto la tutela della libertà di religione, è così il diritto che in prima linea contrasta le pretese comunitaristiche di conformazione a “valori non negoziabili” di parte. Garantisce l'effettività dell'adesione al pluralismo alla pluralità dei valori. E può svolgere questa funzione perché il diritto ecclesiastico attuale è il diritto della laicità. La laicità, in quanto principio supremo, permea evidentemente l'ordinamento in tutti i suoi rami, dal diritto privato al diritto penale, ma la sua linfa deriva originariamente dalla distinzione tra peccato e reato che ha caratterizzato la storia della giustizia (Prodi), dal divieto di strumentalizzazione del potere civile per attuare valori religiosi e, reciprocamente, di quello religioso con i suoi ammonimenti per finalità dell'ordinamento civile. Non a caso la laicità ha trovato la sua prima affermazione a livello di giurisprudenza costituzionale proprio a riguardo di un tema laicamente sensibile come la disciplina dell'insegnamento religioso nelle scuole.

E nella penuria di fonti rinnovate è proprio ai giudici che spetta il compito di individuare e rimuovere gli ostacoli sulla via dell'eguaglianza dei cittadini



senza distinzione di religione e cultura e dell'eguale libertà delle confessioni e delle organizzazioni filosofiche e non confessionali; di selezionare, all'interno delle varie situazioni e delle varie condotte soggettive eventualmente in conflitto con il diritto comune, quelle espressive di dignità doverosamente tutelabile e quelle che nella pretesa di imporre un unilaterale bene assoluto minano la realizzazione del giusto come equità: individuando adeguate forme di tutela giurisdizionale, a seconda che le norme interne siano di applicazione necessaria e senza possibilità di adattamento o richiedano un'interpretazione adeguatrice che tenga conto di differenze e di specificità.

È il metodo dell'“accomodamento ragionevole” teorizzato dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 24414/2021 sul crocifisso nelle aule scolastiche: una «ricerca, insieme, di una soluzione mite, intermedia, capace di soddisfare le diverse posizioni nella misura concretamente possibile, in cui tutti concedono qualcosa facendo, ciascuno, un passo in direzione dell'altro». La “laicità pluralista” – definizione di origine dottrina recepita dalla Cassazione – consente questo diritto mite, delle possibilità perché non è cieca di fronte alle differenze ma le immette nel dibattito pubblico purché non pretese come non negoziabili e non assunte come oppressive dei diritti dei diritti dei singoli nelle comunità che ad esse si ispirano. Si tratta dello stesso possibilismo adottato in altre questioni laicamente sensibili, come la delibazione di sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, cui è stata giudicata ostativa la convivenza per oltre un triennio, rilevabile però – ecco la soluzione intermedia, che dà rilievo all'ordine pubblico ma lo rende disponibile - non di ufficio ma solo su eccezione in senso stretto di parte; o, fuori della materia ecclesiasticistica, come l'adozione “in casi particolari” utilizzabile per il riconoscimento di bambini nati da maternità surrogata.

Non sembra, stando alle critiche con cui prevalentemente sono state accolte queste sentenze, che la dottrina ecclesiasticistica asseconi volentieri l'impostazione della giurisprudenza (rilevabile anche nella giurisprudenza costituzionale su temi eticamente sensibili come l'aiuto al suicidio) in direzione del principio, come si dice nei paesi di *common law*, “remedies precede law”. Legata piuttosto alla concezione positivista dell'*ita lex* ne è palpabile lo spaesamento causato dallo scarso, o nullo, rinnovamento delle fonti e dal contemporaneo ruolo assunto inevitabilmente, e quindi fisiologicamente, dal giudice come ef-



fettivo giusdicente, che “dice il diritto” nello Stato costituzionale: laddove le norme non nascono solo dall’atto del legislatore, ma sono il risultato dell’interpretazione in un processo che vede il giudice, “indipendente da ogni altro potere”, come co-legislatore.

Per tornare allora alla metafora iniziale, il diritto ecclesiastico è in cerca d’autore: ma lo cerca davvero, o semplicemente insegue l’illusione di una sua identità differenziata, dialogante ma in fondo “altra”, nell’estenuante bisogno di esprimere se stesso? Seguendo questa strada lo spaesamento aumenterà, e implementerà anche forme di diaspora verso temi collaterali, perché l’identità di una disciplina caratterizzata da questi nuovi contenuti non è predefinibile. Solo cercando davvero l’autore, cioè “inventando” la norma – nel senso etimologicamente e costituzionalmente orientato di Paolo Grossi –, il cammino sarà fruttuoso: infatti, anche il silenzio delle fonti, ciò che spezza le sempre limitate previsioni legislative, è importante nel diritto perché consente alla dottrina di elaborare (come riconosciuto dalla Cassazione nel caso del crocifisso) “linee di prospettiva coerenti con le attese della comunità interpretante” e ai giudici una tutela sempre aggiornata dei diritti alla luce della Costituzione.