



Coscienza e Libertà

SEMESTRALE DI LIBERTÀ RELIGIOSA, LAICITÀ, DIRITTI DAL 1978



A. Ferrari

**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

Il “diritto ecclesiastico”: la perenne attualità di una disciplina

Alessandro Ferrari

*Ordinario di diritto ecclesiastico e diritto canonico e diritto comparato delle religioni
nell'Università degli Studi dell'Insubria*

ABSTRACT

Questo contributo presenta una prima riflessione su alcuni caratteri essenziali della disciplina “diritto ecclesiastico” rilevando come il nome di questo insegnamento continui a evidenziarne i tratti specifici e distintivi.

Avverto immediatamente che in questo rapido intervento sul “diritto ecclesiastico” come disciplina universitaria dirò ben poco di nuovo. Il tema, peraltro, è stato ulteriormente e approfonditamente scandagliato anche di recente dal Convegno “Il dialogo tra diritto costituzionale e diritto ecclesiastico” (Siena, 3-4 novembre 2022)¹ e restano a mio avviso fondamentali e sempre attuali le riflessioni in materia di Silvio Ferrari, in particolare, quelle esposte in un saggio del 2011, *La nascita del diritto ecclesiastico*, di recente ripubblicato negli *Scritti* del Maestro milanese². Di conseguenza, le righe che seguono non intendono soffermarsi sui contenuti, vecchi e nuovi, della disciplina, né analizzarne analiticamente le relazioni con le altre discipline, giuridiche e non.

¹ Cfr. *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), fascicoli nn. 5/a e 5/b del 2023.

² In *Scritti. Percorsi di libertà religiosa per una società plurale*, a cura di C. CIANITTO, A. FERRARI, D. MILANI, A. TIRA, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 119-130.



Esse intendono, invece, ribadire, senza pretesa di originalità, alcune ragioni di fondo per la comprensione – e la piena legittimazione – di questo insegnamento come pilastro fondamentale per la formazione del giurista contemporaneo.

Ebbene, per entrare subito in argomento, una delle ragioni principali, anzi, direi, la ragione principale alla base dell'autonomia e della piena legittimità di tale insegnamento, è stata sottolineata dal costituzionalista Mario Perini proprio in apertura del Convegno appena citato laddove avvertiva che «nell'approcciarsi» ai temi del diritto ecclesiastico «occorre, (...) per ragioni scientifiche, imparare a comprendere anche il valore dei simboli e del "sacro"». Per Perini «sono proprio gli studiosi di Diritto e Religione – almeno per limitarsi all'ambito dei giuristi – che forse meglio hanno saputo gestire nei loro metodi e nella loro disciplina questi simboli e questa interazione con il sacro». Di qui l'ulteriore considerazione in base alla quale «(P)are allora opportuno, proprio per ragioni scientifiche, che noi costituzionalisti consideriamo con grande attenzione il loro metodo, riallacciando un proficuo dialogo interdisciplinare»³.

Al di là del termine utilizzato per identificare la disciplina, su cui si tornerà più avanti, il significativo richiamo alla necessità per i costituzionalisti dell'apprendimento di un approccio metodologico a essi esterno nel riferirsi ai risvolti giuridici dell'«interazione con il sacro» richiama gli ecclesiasticisti all'esigenza di un confronto continuo con la fonte e la ragione prime della loro specifica identità.

In altre parole, la peculiarità del giurista ecclesiasticista risiede nella sua piena consapevolezza della centralità del fattore religioso nel plasmare i sistemi giuridici come parte dei più ampi sistemi politici e sociali. L'ecclesiasticista potrà essere "assmanniano", ovvero ritenere che gli istituti religiosi costituiscano una sacralizzazione trasformativa di pre-esistenti istituti politici, destinati, eventualmente a nuove, successive, trasformazioni "secolarizzatrici"; oppure potrà essere "schmittiano" e, dunque, convinto che siano gli istituti della politica a costituire l'esito di una "secolarizzazione" di precedenti istituti religiosi⁴. In

³ *Il dialogo tra costituzionalisti ed ecclesiasticisti: ieri, oggi e domani. Cenni introduttivi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 5/a del 2023, p. 4.

⁴ Cfr., ad es., J. ASSMANN, *Religione totale. Origini e forme dell'inasprimento puritano*, Lorenzo de' Medici Press, Firenze, 2017 e C. SCHMITT, *Le categorie del "politico"*, a cura di G. MIGLIO, P. SCHIERA, Il Mulino, Bologna, 2013.



entrambi i casi, tuttavia, la tipicità del suo approccio sarà caratterizzata dalla cosciente metabolizzazione dell'impostazione dialettica (indipendentemente dalla nettezza con cui essa sarà poi interpretata), fondata sulla possibilità di separare sacro e profano e, dunque, di navigare la complessità delle relazioni giuridiche derivanti dalla distinzione degli ordini distinti tipica del diritto euro-occidentale. Da un lato, l'ecclesiasticista manifesterà la consapevolezza della centralità e pervasività del fattore religioso nelle sue molteplici e dinamiche declinazioni, confessionali e non; dall'altro, egli evidenzierà l'osmosi continua tra concetti politici e concetti teologici (e viceversa) distinti dalla storia con un grande sforzo razionalizzatore dalle fondamentali conseguenze per la convivenza civile. In un certo senso, l'ecclesiasticista potrà essere solo relativamente weberiano in quanto consapevole che la razionalizzazione che per quella prospettiva trova il suo punto più alto nella positivizzazione incarnata dal diritto statale non coincide né con la scomparsa delle religioni e dei loro diritti né con la fine dell'influenza che questi ultimi continuano a esercitare sui diritti civili. Proprio nell'età della globalizzazione e della radicale trasformazione del fattore religioso, l'attenzione diacronica per la rilevanza giuridica delle sue multiformi espressioni, non necessariamente limitate da confini statuali, fornisce all'ecclesiasticista inesauribili punti di vista da cui osservare e analizzare le dinamiche dei rapporti giuridici contemporanei con un tratto distintivo che rende difficile la fungibilità del suo approccio con quello, ad es., di altre discipline storiche o giuridiche⁵. L'esito di un simile approccio sarà sempre di tipo sintetico, cioè volto a riportare alla prospettiva centrale, inquadrata sui rapporti tra ordini distinti, intesi nella loro complessità, gli specifici e settoriali punti di vista di volta in volta adottati. La valorizzazione dell'impatto giuridico delle idee e delle forme religiose; l'interesse per la comprensione del ruolo svolto dal formante religioso nella definizione dei sistemi giuridici e, dunque, il rifiuto di considerare il religioso estrinseco rispetto al diritto prodotto da istituzioni politiche "civili", impedirà, così, sia di emarginare il diritto ecclesiastico dalle scienze giuridiche, sia di appiattirlo in una sorta di "diritto lobbystico" concentrato sulle dinamiche di riconoscimento

⁵ Cfr., in particolare, le riflessioni di Domianello, Fattori e Floris al Convegno in precedenza citato e pubblicate nella Rivista telematica (www.statoe.chiese.it), fascicolo n. 5/a.

pubblico di pretese religiosamente connotate senza un adeguato inserimento nella prospettiva di sfondo. Peraltro, il rischio dell'emarginazione e dell'appiattimento del diritto ecclesiastico può derivare da due orientamenti ben differenti. Da una parte, dall'approccio secondo cui il "religioso" rappresenta un relitto che ostruisce il percorso evolutivo, razionalizzatore, del diritto meritevole di generale condivisione. Dall'altra parte, per la logica della finale coincidenza degli opposti, dall'approccio che, muovendo da premesse iper-confessionali, si rivolge ai diritti civili disinteressandosi della loro natura specifica e del polimorfismo del religioso, non riducibile soltanto alle sue espressioni confessionali e, tantomeno, a quelle confessionali politicamente più forti. Si tratta di due tendenze speculari che sottintendono una lettura semplificata del processo di secolarizzazione, interpretato come mera sottrazione del religioso dal mondo piuttosto che come sua incessante trasformazione. Una lettura che, in ogni caso, diventa essa stessa indicativa delle dinamiche del religioso in età contemporanea.

Da quanto detto finora emerge tutta la complessità del diritto di libertà religiosa, un concetto non esauribile in una logica "rivendicativa" di tipo binario, pronta, ad es., a stilare plastiche classifiche che dividano senza incertezze i buoni ordinamenti giuridici statuali (in genere quelli occidentali) dai cattivi ordinamenti (in genere, sempre citati, quelli "musulmani"). L'analisi delle dinamiche del "diritto di libertà", al centro dell'interesse del diritto ecclesiastico, non può, cioè, ignorare l'inestricabile nesso tra l'universalismo sotteso alla *legislatio libertatis* e la definizione dello specifico ruolo del religioso nel plasmare, nei diversi contesti, la dimensione istituzionale di riferimento, producendo differenti variabili politico-sociali, diverse categorie di riferimento così come criteri e strumenti ermeneutici non ovunque omogenei.

Nello stesso tempo, il diritto ecclesiastico, nel seguire il rapporto tra fattore religioso e fonti del diritto e, in particolare, nel seguire il posizionamento normativo delle manifestazioni individuali e collettive del religioso, non evidenzia soltanto la dinamica volta all'affermazione di un diritto pubblico soggettivo oggi anche internazionalmente riconosciuto. Oltre al "diritto di libertà", il diritto ecclesiastico evidenzia, infatti, anche altre maschere del religioso nel suo incontro con il diritto, tra cui quella di strumento e fonte di potere (sia sacrale sia temporale), connesse all'ineliminabile dimensione



istituzionale a cui il religioso dà vita e con cui si rapporta.

Nel contesto italiano è ben noto come la tensione tra l'orientamento "istituzionalistico" di Scaduto e quello "libertario" di Ruffini abbia accompagnato la disciplina fin dalle origini, evidenziando un moto pendolare che accentua ora una, ora l'altra dimensione, a seconda dei diversi punti di vista e dei diversi rapporti, variabili nel tempo, tra i vari agenti normativi e il loro contesto sociale, nazionale e internazionale. In età contemporanea, con l'affermazione di un "pluralismo ruffiniano", un "pluralismo di libertà", che porta a superare sia l'esclusività statualistica di Scaduto sia a temperare l'istituzionalismo del pluralismo ordinamentale di Romano, con il simultaneo riconoscimento della giuridicità dei diritti religiosi e della funzione legittimante delle istanze di libertà, di dignità individuali e collettive nei confronti delle sovranità civili e religiose, il diritto ecclesiastico si presenta, ad un tempo, come diritto delle istituzioni e delle libertà, esprimendo quel legame essenziale tra distinzione degli ordini, pluralismo e sovranità (civile) funzionale al riconoscimento dei diritti inviolabili della persona in una cornice di uguale libertà che costituisce, al fondo, la sintesi del costituzionalismo democratico contemporaneo⁶.

In questa cornice, la dizione "diritto ecclesiastico" con cui, attraverso una lunga storia⁷, si è tradizionalmente venuto a designare l'insegnamento del complesso ruolo del religioso nella definizione degli ordinamenti giuridici civili, appare ancora molto eloquente. Non si vuole certo entrare qui in una questione terminologica ormai diffusa – non solo in Italia⁸ – sulla denominazione di uno specifico settore scientifico-disciplinare. Tuttavia, in una riflessione di carattere generale mi sembra opportuno segnalare come, più della dizione "Diritto e religione", che sembra rievocare una parallela giolittiana immaginata

⁶ Cfr. l'intervento di Marco Ventura nel Convegno appena segnalato, *ibid.* sia, ampiamente, M. SAPORITI, *Dialettiche sovrane. Uno studio sul rapporto tra sovranità e religioni*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁷ Cfr. L. DE LUCA, *Diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1971 e C. FANTAPPIÈ, *Diritto canonico e diritto ecclesiastico*, in P.C.P. CAPPELLINI (a cura di), *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti, Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Ottava Appendice, *Diritto*, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 2012, pp. 717-724.

⁸ Cfr., ad es., S. MÜCKL, *Relationship between State and Church – Public Church Law versus Religious Constitutional Law*, in *Debates in German Public Law*, a cura di H. PÜNDELER e C. WALDHOFF, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 159-177.



sul presupposto di esistenze geneticamente autonome tra i due termini impiegati, il termine “diritto ecclesiastico” ha il pregio di evidenziare, da una parte, la consustanzialità del rapporto tra religioso e diritto; dall'altra parte, la tipicità dell'esperienza giuridica europea fondata su un religioso che nella sua forma collettiva ha storicamente assunto la specifica forma di “chiesa” originando, così, la dialettica tra diritti civili, divenuti statuali e diritti religiosi, divenuti, anche al di là delle frontiere cristiane e delle esplicite denominazioni, ecclesiali⁹. Del resto, la specifica storicità del “diritto ecclesiastico” richiama – e si fonda su – quella del termine “religione”, che fornisce l'angolo prospettico della sua analisi. Anche la “religione” e i suoi derivati non sono termini “nativi” e costituiscono piuttosto una “anthropological” e “not a theological category”, progressivamente sempre più espansi e riferiti a nuovi fenomeni non per risultare, alla fine indefinibili, ma per poter essere individuati, «with greater or lesser success», innumerevoli volte, a seconda delle esigenze e dei contesti, quali elementi essenziali nella costruzione di un “disciplinary horizon” che il diritto (ecclesiastico), richiamandoli, si guarda bene dal definire tassativamente¹⁰. Inoltre, il riferimento al “diritto ecclesiastico”, mentre non diluisce né offusca il nesso tra poteri e libertà, tra dimensione istituzionale moderna e più ampia dimensione costituzionale contemporanea, consente anche di evidenziare unitariamente la specialità del diritto di libertà religiosa che non può esaurirsi nella sua considerazione, appunto, quale “diritto di

⁹ Mi sembra condivisibile la riflessione di P. CAVANA, *Il dialogo tra diritto costituzionale e diritto ecclesiastico. Annotazioni sparse*, in Rivista telematica (www.statoechiese.it), fascicolo n. 5/a, laddove evidenzia che il riferimento al “diritto ecclesiastico” contiene «(U)na densità di significati e di valori ideali che altre denominazioni – come quella di recente proposta di “Diritto e religione”, mero contenitore privo di identità storica e valoriale – certo non possiedono e che sembrano anzi prospettare la rimozione». Pur non essendo sicuro che tale «rimozione» costituisca «un'ennesima epifania di quella nefasta cancel culture, di provenienza anglosassone» (lo stesso Autore aggiunge un «forse» al Suo ragionamento), è a mio avviso condivisibile la preoccupazione che, «se applicata alla nostra disciplina (essa rischierebbe) di togliere a essa profondità e spessore storico e culturale, appiattendola sul dato positivo e rendendola con ciò irricognoscibile e, alla lunga, temo anche inutile», p. 98.

¹⁰ J. Z. SMITH, *Religion, Religions, Religious*, in *Critical Terms for Religious Studies*, a cura di M.C. TAYLOR, The University of Chicago Press, Chicago & London, 1998, pp. 269-284 e J.-M. WOEHRLING, *Religion (definition de)*, in *Dictionnaire du droit des religions*, a cura di Francis Messner, CNRS Editions, Paris, 2022².



libertà”, ma che può comprendersi solo all’interno di una cornice caratterizzata dall’inclusione, in un orizzonte diacronico, delle dinamiche inter-ordinamentali e delle loro proiezioni sociali. Il diritto ecclesiastico costituisce, del resto, un diritto relazionale per eccellenza, regolando o, quanto meno, registrando le connessioni, anche queste, lo si ripete ancora, variabili nel tempo e nello spazio, tra orizzonti normativi differenti.

Da queste considerazioni discendono due ulteriori osservazioni conclusive.

In primo luogo, il diritto ecclesiastico si presenta come una palestra intra- e inter-disciplinare, capace di far interloquire i (diversi) diritti tra loro ma anche di non dimenticare la loro dipendenza da formanti che non si esauriscono nella sfera giuridica. In un certo senso il noto assunto böckenfördiano riferito allo Stato liberale moderno potrebbe ben applicarsi con particolare pertinenza proprio al diritto ecclesiastico quale diritto che «vive di presupposti che non può garantire»¹¹.

In secondo luogo, anche il crescente raggio di interessi e materie progressivamente confluite nel diritto ecclesiastico e oggetto delle ricerche dei suoi cultori contemporanei non deve sorprendere ma, piuttosto, essere considerato come una logica conseguenza della pervasività e dell’ineludibile portato giuridico del fattore religioso. Il *Trattato del diritto ecclesiastico* di Emil Albert Friedberg rivolto allo studio comparato dei diritti ecclesiali protestante e cattolico, tradotto in italiano e «ampiamente annotat(o)» da Francesco Ruffini nel 1893, tredici anni dopo la sua edizione tedesca, sembrava riecheggiare nel suo titolo, per le opposte ermeneutiche a cui si prestava, orizzonti giuridici già superati o destinati a un progressivo superamento: il carattere inglobante dei diritti religiosi o, come appariva in Germania, del diritto statale. Tuttavia, letto con uno sguardo contemporaneo – e con uno sguardo proprio alla successiva produzione del Ruffini – quel titolo (e i suoi contenuti pur se non la sua sistematica) appaiono, in un certo senso, profetici. Infatti, il riferimento al “diritto ecclesiastico” evidenzia, da una parte, i confini classici della relazionalità di un diritto che non può ignorare i diritti religiosi, anche

¹¹ Cfr. L’espressione di Ernst-Wolfgang Böckenförde secondo cui lo «Stato liberale (freiheitlich) secolarizzato vive di presupposti che non può garantire», si trova in ID., *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, a cura di M. NICOLETTI, Morcelliana, Brescia, 2006, p. 68.



per l'impatto che la loro comparazione può produrre sulle scelte regolatorie dei legislatori civili. Dall'altra, quel titolo continua a testimoniare come il diritto ecclesiastico, diversamente dagli altri diritti civili, non può trascurare uno sguardo non confessionista (non solo) verso il diritto canonico ma anche, specie nella società globalizzata contemporanea, verso gli altri diritti religiosi quale categoria ampia e non tassativamente predeterminata¹². Del resto, come osservava Francesco Scaduto, con una osservazione che, fatta eccezione per la sua impostazione dialetticamente istituzionalistica e statocentrica, mantiene tutta la sua pertinenza, precipuo del diritto ecclesiastico è guardare a quelle che oggi potremmo definire come le molteplici incidenze giuridiche del fattore religioso «non tanto dal punto di vista della Chiesa quanto dall'altro dello Stato»¹³.

Oggi gli ambiti della relazionalità del diritto ecclesiastico sono destinati a espandersi ulteriormente. Le trasformazioni del fattore religioso investiranno nuovi e ancora inimmaginati rapporti sociali consentendo ulteriori innesti disciplinari e modalità didattiche che, grazie anche alla nuova prospettiva delle "cliniche legali del pluralismo culturale e religioso", confermeranno una volta di più l'essenzialità di questa disciplina nella formazione del giurista contemporaneo.

¹² Cfr. S. FERRARI, *La nascita del diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 130.

¹³ Citato in *ivi*, p. 126.