

IL DIRITTO ECCLESIASTICO OGGI*

Enrico Vitali

1. - In questi ultimi anni la dottrina ecclesiasticistica è stata spesso percorsa da interrogativi che investono la stessa ragion d'essere e la funzione della materia in un mondo in trasformazione. I dibattiti sono stati vivaci, specialmente per iniziativa di Giovanni B. Varnier, che ha organizzato su questi temi due convegni a Genova nel 2001 e nel 2002. Ne è derivata una serie di scritti assai interessanti che sono stati pubblicati a cura dello stesso Varnier nel volume "Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano"¹.

Si potrebbe dire che il volume è l' "esame di coscienza" dell'ecclesiasticista. Ovviamente, come ogni esame di coscienza, esso rispecchia la personalità di ciascuno degli scrittori: rispecchia anche i rispettivi indirizzi di ricerca ed i legami – più o meno forti – con la realtà.

Vanno qui ricordati anzitutto l'acuto e stimolante saggio di Giovanni Varnier che è tra le cose belle che egli ha pensato e scritto²; poi i due saggi di Botta³ ed Adami⁴, che ci danno rispettivamente la situazione delle nostre discipline nell'ambito dei piani di studio delle facoltà di giurisprudenza e scienze politiche ed un profilo della nostra manualistica degli ultimi cinquant'anni.

Va ricordato poi il denso scritto di Berlingò⁵, che ci ammonisce come l'autonomia di una disciplina "non può reggere a lungo se non è alimentata e sorretta da una propria e distinta esperienza culturale e noetica" (sul che trova il consenso di Jasonni)⁶. I pericoli che discendono dal perdere di vista la specificità del diritto ecclesiastico sono sotto gli occhi di tutti sia in sede scientifica sia in sede legislativa.

*Il presente scritto è destinato agli Scritti in onore di Giorgio Marinucci

¹ *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, a cura di GIOVANNI B. VARNIER, Soveria Mannelli, Rubattino, 2004.

² GIOVANNI B. VARNIER, *Il diritto ecclesiastico dopo le riforme*, in *op. cit.*, p. 53 ss.

³ RAFFAELE BOTTA, *La riforma dei corsi di laurea e le discipline ecclesiasticistiche e canonistiche nelle Università italiane*, in *op. cit.*, p. 9 ss.

⁴ FRANCO EDOARDO ADAMI, *L'evoluzione della manualistica italiana di Diritto ecclesiastico*, in *op. cit.*, p. 107 ss.

⁵ SALVATORE BERLINGÒ, «Passata è la tempesta?» *Il «diritto ecclesiastico» dopo la riforma universitaria: riflessioni ex post factum*, in *op. cit.*, p. 71 ss.

⁶ MASSIMO JASONNI, *L'emarginazione di una materia qualificante*, in *op. cit.*, p. 223 ss.

Ventura⁷ ha indicato diversi fattori come decisivi per il mutamento di prospettive del diritto ecclesiastico: quello sociologico, costituito dall'affermarsi di una società multiculturale a seguito delle immigrazioni; quello istituzionale, quale effetto del consolidarsi dell' UE. Ne è seguito che lo Stato nazionale (diremmo westfaliano) ha perso l'esclusività della produzione giuridica e che – accanto e sopra di esso – si sono affermati poteri e giurisdizioni sopranazionali ed internazionali di nuovi soggetti pubblici. Dall'altra parte è mutato l'interlocutore dello Stato: non vi è più un'unica Chiesa dominante e si sono poste accanto ad essa altre confessioni non rispondenti al modello cui l'ordinamento statale aveva fatto riferimento. Muta quindi il concetto di rapporto tra Chiesa e Stato come rapporto di vertice e si deve fare spazio da un lato alla considerazione di una pluralità di credenze (non sempre strettamente religiose) e di appartenenze e dall'altro al concetto di produzione giuridica (Ventura dice più semplicemente diritto/*law*) di una pluralità di soggetti.

Ferrari⁸ invece ha prospettato l'utilità del diritto comparato delle religioni, che è strumento per comprendere ciò che è "altro", ossia la produzione giuridica e le istituzioni delle religioni che possono essere oggetto di legislazione da parte degli Stati ovvero con le quali gli Stati possono venire in rapporto. Sulle conseguenze che da questa impostazione potrebbero derivare si è mostrata perplessa Domianello⁹.

Tozzi¹⁰ ha ricordato, attraverso la propria esperienza personale, fatti che sono stati sintomi di una "perdita di immagine" della nostra materia, che faticosamente stiamo cercando di riacquistare. Altri ancora (Andrea Bettetini)¹¹ ha parlato di quello che a me pare un "non luogo", o un luogo che non esiste – ma che sarebbe il nostro Paese - ove si verificerebbero fatti di repressione delle estrinsecazioni del sentimento religioso. Ho la sensazione che qui l'ideologia abbia prevalso sulla realtà.

Degli altri interventi parlerò nel corso di queste pagine.

2. – Una critica la lettura del volume suscita immediatamente in me ed è questa: troppi scritti sono pervasi da profetismo, da fughe nella sociologia (detto tra parentesi: se si imboccasse questa via si potrebbe anche chiudere bottega) e da un ottimismo che non mi sembra fondato. E ciò anzitutto se si considera la situazione della nostra materia oggi, sospesa tra triennio e biennio, ma soprattutto se si tiene conto del rischio che essa corre di diventare un "modulo" di diritto costituzionale.

Vorrei ricordare che la presenza di storici e filosofi del diritto nella Conferenza dei Presidi è stato un fattore negativo per le nostre materie: da un lato è stato valorizzato il diritto canonico rispetto al diritto ecclesiastico perché dagli storici è stato visto come materia suscettibile di appropriazione attraverso lo studio delle

⁷ MARCO VENTURA, *Diritto ecclesiastico e Europa. Dal church and state al law and religion*, in *op. cit.*, p. 191 ss.

⁸ SILVIO FERRARI, *Religione e diritti: una proposta*, in *op. cit.*, p. 311 ss.

⁹ SARA DOMIANELLO, *L'utilità pratica del «Diritto ecclesiastico civile» come scienza*, in *op. cit.*, p. 287 ss.

¹⁰ VALERIO TOZZI, *La "salute" del diritto ecclesiastico*, in *op. cit.*, p. 93 ss.

¹¹ ANDREA BETTETINI, *Religione, diritto canonico e diritto politico in una società dopo-moderna*, in *op. cit.*, p. 163 ss.

fonti, e dall'altro il diritto ecclesiastico è stato osteggiato – oltre che per il fondamentale argomento che *mors tua vita mea* – da un orientamento ideologico contrario a certa tradizione laicistica della nostra materia.

L'ottimismo appare immotivato anche per quanto concerne i temi di ricerca affrontati da alcuni degli scrittori più recenti – che appaiono orientati verso eccessive astrattezze – e per la situazione odierna della politica ecclesiastica, che ha portato alla totale cancellazione della attività legislativa dichiaratamente ecclesiasticistica e ha imboccato invece la via dell'“unilaterale sommerso” (vedi ad es. la recente legge n. 186 del 18 luglio 2003) e del “bilaterale confuso” (spesso troppo sensibile ad esigenze localistiche). La situazione, si badi bene, è caratterizzata dalla scomparsa di un partito cattolico unitario che si faccia portavoce delle esigenze dei fedeli e della Santa Sede, la quale – per sua parte – preferisce parlare al di fuori dei canali diplomatici, certa di trovare attenti e disponibili uditori in qualunque parte politica¹². Così nel mondo politico troviamo atteggiamenti al cui confronto la dichiarazione di Enrico IV (“Parigi val bene un messa”) poteva apparire quella di un povero principiante; ancora, vediamo partiti che vengono lasciati “al freddo”, fuori della porta di possibili alleanze, per non urtare la sensibilità della CEI. Quello che più colpisce è che nello schieramento politico, mentre vi è una contrapposizione assoluta su quasi tutti i temi della vita pubblica, invece quando si tratta di politica ecclesiastica vi è la condivisione degli indistinti. Per cui anche le tesi meno laiche (è un eufemismo) si presentano spesso quasi come condivise. Sotto questo profilo è puntuale l'osservazione di Colaianni¹³ che nel nostro Paese si sarebbero affermati dei veri e propri imprenditori di moralità che tendono a far passare come valori condivisi (e dunque anche laici) opzioni di derivazione propriamente religiosa, soprattutto nel campo della bioetica, dell'eutanasia e del solidarismo (campi – preciso – che erano fuori del diritto ecclesiastico tradizionale). Intanto direi che il principio della distinzione degli ordini sembra ignorato laddove l'autorità ecclesiastica abbandona il messaggio contenutistico, di valori, e indica come si dovrebbe concretamente votare (o non votare).

Se passiamo poi alla considerazione della nostra tradizione scientifica, dobbiamo soffermarci su ciò che accadde dell'art. 7 negli anni 1948 – '50, immediatamente successivi all'entrata in vigore della Carta costituzionale. Voglio qui alludere alla tesi della costituzionalizzazione dei Patti Lateranensi. Qualcuno rimpiange, per il diritto ecclesiastico, la situazione degli anni '30 – '50 ritenendo che i Patti, fortificati dalle interpretazioni post – quarantottesche (D'Avack, Petroncelli, Del Giudice)¹⁴, avessero creato il “nucleo forte” del diritto ecclesiastico e che avessero

¹² Cfr. SANDRO MAGISTER, *Chiesa extraparlamentare*, Napoli, L'Ancora del Mediterraneo, 2001

¹³ NICOLA COLAIANNI, *Diversità religiose e mutamenti sociali*, in *op. cit.*, p. 147 ss. e p. 153.

¹⁴ PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *I rapporti tra Stato e Chiesa nella Costituzione in Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretta da Calamandrei e Levi, I, Firenze, Barbera, 1950, p. 99 ss. (successivamente l'A. ha mutato opinione: ved. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 320); MARIO PETRONCELLI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Napoli, Jovene, 1961, p. 66 ss.; VINCENZO DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 51

concesso alla materia una nuova specialità ed un'immagine di grande spessore. Secondo qualcuno la mancanza di tale "nucleo forte" sarebbe alla base dell'attuale crisi della nostra materia e della fagocitazione operata da altre discipline. Mi sia consentito esprimere a questo proposito il più fermo dissenso. Ho l'impressione che in questo caso il passato venga usato come schema per il presente. Ora, è vero che "il passato è una dimensione permanente della coscienza umana, una componente inevitabile delle istituzioni e dei valori"¹⁵, ma il senso del passato non può essere invocato fino a negare i mutamenti forti del presente. Il momento dell'affermarsi della tesi della costituzionalizzazione dei Patti lateranensi è stato, a mio parere, uno dei momenti più neri della nostra materia: e questo – si badi – non tanto per le tesi sostenute, ma perché arroccandosi in una "torre d'avorio" in cui gli altri principi costituzionali non potevano entrare, la materia ha perduto i contatti con gli altri settori della cultura giuridica. Chiusa nei suoi "giochetti", ha perduto di vista quanto accadeva nel diritto costituzionale. In particolare non ha prestato attenzione al dibattito costituzionalistico sviluppato nei convegni di Parma¹⁶, Firenze¹⁷ e Trieste¹⁸, che furono un momento di straordinario fermento intellettuale, con il bel risultato che autorevoli costituzionalisti (Modugno e in parte Zagrebelsky)¹⁹ – a proposito del richiamo dell'art. 7 ai Patti Lateranensi – hanno parlato in tempi recenti di "norma transitoria", così facendo svanire il "nucleo forte" di un dibattito ventennale.

3. - Oggi certamente il problema del rapporto tra norme costituzionali e norme di approvazione/esecuzione di Accordi tra Stato e confessioni andrebbe ripreso, ma su nuove basi, liberandosi da alcuni idoli del passato. Nel tempo presente possiamo dire che la momentanea (almeno così si spera) chiusura della stagione delle intese è indice di un atteggiamento negativo per ciò che è "altro", per ciò che è dissenso. Ma dove è dissenso, lì dovrebbe essere il diritto ecclesiastico.

In realtà la sensazione che ricevo dalla ultima letteratura è che alcuni dei più recenti scrittori non abbiano colto due punti nodali dello svolgimento delle tematiche attinenti alla nostra materia.

Il primo riguarda la rilevanza della religione come appartenenza, o meglio la rilevanza del fatto religioso come identità di popolo, come identità che tocca anche le opportunità di vita – se non le stesse possibilità di sopravvivenza – e lo stato giuridico dell'individuo. Vi sono gruppi di persone – o gruppi etnici – che si

¹⁵ ERICH HOBBSBAWN, *De historia*, Milano, Rizzoli, 1997, ed ivi *Il senso del passato* p. 23 ss.

¹⁶ *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. OCCHIOCUPO, Bologna, 1978

¹⁷ *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Atti del convegno, Firenze, 1981, Bologna 1982;

¹⁸ *Strumenti e tecniche della Corte Costituzionale*, Atti del Convegno, Trieste 1986, Milano, 1988

¹⁹ FRANCO MODUGNO, *Problemi costituzionali della revisione del concordato*, in *Democrazia e Diritto*, 1978, p. 547 ss. e specialmente p. 560; GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale*, Vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1984 (ristampa 1988), p. 148, per il quale però la tesi "pur sostenibile sul piano strettamente letterale" non sembra corrispondere "al senso generale dell'art. 7, quale voluto dalla Costituente".

definiscono in base alla religione, per i quali il passato, anche rielaborato *ad hoc*, serve a legittimare il presente²⁰.

Le affinità con certe guerre e movimenti di popolo del XVI e XVII secolo appaiono evidenti. Gli spostamenti forzati di popolazioni a seguito di guerre interetniche e interreligiose – si pensi alla situazione dei Balcani – ricordano quanto avvenne dopo la pace di Augusta: se tuttavia allora lo *ius migrandi* era una conquista di libertà, oggi le migrazioni forzose appaiono la negazione stessa della libertà, come fu nel 1948 l'esodo forzato di italiani dalle terre istriane. E' chiaro che questi fenomeni dovrebbero suscitare un rinnovato interesse per lo studio della libertà religiosa in campo internazionale, perché si tratta di fatti che tendono a mettere in crisi la stessa sistematica del diritto internazionale pubblico; in questa situazione ben potrebbero inserirsi gli ecclesiastici dando un apporto nuovo e fecondo allo studio dei fenomeni che tale crisi sta generando nel settore della libertà di religione. Il problema andrebbe prospettato in più vasti orizzonti e cioè nella dimensione europea, che è oggi imprescindibile, tenendo conto dell'incidenza dei diritti fondamentali nelle nuove significazioni assunte.

Diverso è il problema delle conseguenze che l'immigrazione di appartenenti a religioni "altre", rispetto a quella di maggioranza e a quelle garantite da intese, può comportare nell'ordinamento giuridico italiano. Conseguenze che, da un lato, possono confliggere con l'ordine pubblico (poligamia, infibulazione), ma che dall'altro sollevano domande che attendono una risposta, perché le famiglie poligamiche ci sono e non è possibile ignorarne l'esistenza. Qui il diritto ecclesiastico comparato potrebbe darci suggerimenti preziosi.

L'altro punto, che meriterebbe un approfondimento ulteriore, è quello che chiamerei dell'arretramento della rilevanza giuridica della libertà religiosa ad un momento anteriore rispetto a quello della manifestazione della credenza di religione, ovvero al momento della libera formazione della coscienza.

Le scelte di coscienza in tema di bioetica, di eutanasia, di solidarismo non sono risolvibili attraverso accordi con le Chiese, ma riguardano momenti strettamente individuali - veri fatti di coscienza - che però orientano la società civile.

Sorge a questo punto la necessità di verificare se e fino a che punto il principio di laicità sia capace di tradursi in un principio di non – identificazione, ossia se e fino a che punto le istituzioni e la prassi amministrativa sappiano garantire a ciascun consociato la possibilità di crearsi le proprie opinioni senza essere prevaricato da una propaganda confessionale esplicita o – peggio – occulta. Ma anche – viceversa - la necessità di verificare che non vi sia una propaganda laicistica che tenda ad azzerare la voce dei credenti. Sotto questo profilo la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, se tenuta adeguatamente presente, ben potrebbe prospettare suggestioni preziose.

4. - Si viene così ad investire il principio di laicità.

²⁰ ERICH HOBBSBAWN, *Dentro e fuori la storia*, in *op. cit.*, p. 17.

Ci si potrebbe chiedere quali sono le concrete implicazioni di esso e a che punto sia la sua concreta attuazione. Non mi nascondo le difficoltà di una risposta, giacché il principio sta trovando esplicitazione prevalentemente a livello giurisprudenziale ed in termini abbastanza limitati, mentre la sua vigenza è tutto sommato ignorata non soltanto dal legislatore, ma anche dalla pubblica amministrazione.

Ignorato dal legislatore e dalla P.A., applicato esclusivamente in sede giurisprudenziale (e non sempre con il coraggio necessario), il principio di laicità rischia di svuotarsi di effettività²¹. Di qui anche il discorso sulla possibilità e l'opportunità di un "diritto ecclesiastico giurisprudenziale"²²: tesi che indubbiamente coglie nel segno quando si riferisce tanto all'individuazione da parte della Corte costituzionale, in tempi successivi, di diversi principi supremi fondamentali per la nostra materia, tanto all'evoluzione incisiva della Cassazione in materia matrimoniale, ma che dimentica quanto al di fuori della sede giudiziaria tali principi possano essere sostanzialmente disattesi.

Viene allora in considerazione il problema della esiguità delle fonti del diritto ecclesiastico italiano: a me sembra che si sia persa un'occasione fondamentale allorché alcuni settori della dottrina hanno osteggiato il disegno di legge sulla libertà religiosa, invocando un bilateralismo assoluto che – secondo me – finirebbe col precludere allo Stato qualsiasi legislazione che intendesse affrontare in via specifica il problema della libera estrinsecazione del sentimento religioso dei consociati. Forse un nuovo studio sul rapporto tra libertà religiosa, laicità e bilateralità potrebbe portare a risultati fruttuosi.

In tempi recenti si è riaperto il dibattito sulla specialità o specificità del diritto ecclesiastico. Dibattito, voglio precisare, che non si giustifica solo egoisticamente perché si tratta della sopravvivenza della nostra materia, ma perché esso si pone oggi su nuove basi. Si è detto – nelle discussioni degli ultimi venti anni – che il diritto ecclesiastico in tanto trova la sua giustificazione in quanto risolve, o dà gli strumenti per risolvere, i conflitti di lealtà.

Era questa la pietra del paragone sui cui si saggiava la necessità di una materia specialistica che affrontasse i problemi per il diritto dello Stato discendenti dal riconoscimento – da parte di cittadini – di una credenza nell'esistenza di potenze trascendenti personali o impersonali agenti nel mondo²³. E questa necessità si poneva per regolare quelle situazioni in cui più forte veniva avvertito il messaggio religioso rispetto ai comandi dello Stato, creando quello che Kelsen ha definito "conflitto improprio di doveri"²⁴.

²¹ Cfr. GIUSEPPE CASUSCELLI, *Laicità dello Stato e aspetti emergenti della libertà religiosa: una nuova prova per le intese*, in *Studi in onore di F. Finocchiaro*, I, Padova Cedam, 2000, p. 267 ss.

²² Cfr. NICOLA COLAIANNI, *op. cit.*, p. 159.

²³ Cfr. CESARE MAGNI, *Il fatto religioso e i caratteri del linguaggio delle religioni*, in *Avviamento allo studio analitico del diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 77.

²⁴ HANS KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Comunità, 1963, p. 381

Oggi, a seguito di immigrazioni massicce e dello sviluppo di movimenti religiosi sempre più fondamentalisti, il conflitto improprio si sta esasperando, perché i comandi religiosi paiono spesso in contrasto con i principi supremi, con i capisaldi su cui si fonda la democrazia europea. Invero, tali problemi non potranno più essere visti nella dimensione nazionale. Sotto questo profilo le indicazioni di Ventura colgono nel segno.

Sembra dunque assurdo che nell'età della tecnica e della specializzazione esasperata, in cui si richiede l'intervento di giuristi sempre più attenti e preparati in specifici settori (come è noto a chi ha dimestichezza con il diritto applicato) non si voglia riconoscere uno spazio peculiare a giuristi che abbiano la sensibilità e le basi culturali (ma bisogna averle!) per dedicarsi a questo settore dell'ordinamento giuridico e della realtà. Il pericolo è che, senza le basi culturali e la specifica sensibilità ecclesiasticistica, si emettano sentenze (come quella del 2005 del TAR del Veneto in materia di crocifisso²⁵) frutto di un approccio occasionale ed abborracciato, basato sui sentimenti invece che sui principi che sono chiamati a risolvere i conflitti di coscienza, dimenticando le basi della nostra civiltà giuridica.

Il compito non è facile. Ma solo se saremo dei giuristi militanti, reattivi di fronte ai problemi e capaci di assumere le responsabilità conseguenti a determinate prese di posizione, anche in pubblico e di fronte alla società civile ed al legislatore, potremo salvare la nostra disciplina e la nostra professionalità.

²⁵ Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Terza Sezione. Sentenza 17 marzo 2005, n. 1110, Pres. Est. Zuballi, http://www.olir.it/ricerca/index.php?Form_Document=2075