



diritto & religioni

Semestrale
Anno IX - n. 1-2014
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

17



LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni

Semestrale
Anno IX - n. 1-2014
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,
A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli
G.J. Kaczyński, M. Pascali
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale
e comunitaria*

Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefani
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali
S. Testa Bappenheim
V. Maiello
A. Guarino

Parte III

SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

F. Petroncelli Hübler, M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fucillo - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura.

e fideistici ovvero culturali ed identitari, e perfino dell'idea di indottrinamento), elementi sovente orientati dalla *Weltanschauung* del singolo giudice o interprete.

L'A. esamina, infine, la disciplina relativa alla condizione giuridica degli insegnanti di religione, sia nella versione precedente la riforma introdotta dalla legge n. 186 del 2003, nella quale rinviene non pochi elementi di irragionevolezza e di contrasto con fondamentali principi costituzionali (tra gli altri, libertà religiosa, buon andamento, efficienza e imparzialità della p.a.); sia dopo la revisione introdotta da tale provvedimento. Quest'ultima presenta ancora molti elementi problematici, sia in ordine ai meccanismi di reclutamento del personale docente, nel quale la discrezionalità dell'autorità ecclesiastica assume tuttora un peso considerevole (per la partecipazione al concorso, come ai fini dell'assunzione), sia, soprattutto, in relazione alla cessazione del rapporto di lavoro, sul quale incide pesantemente la revoca dell'idoneità da parte dell'ordinario competente. Altri elementi di perplessità sono legati, poi, alla disciplina della mobilità, che introduce l'obbligo, per la scuola, di farsi carico dell'insegnante di religione, se in possesso dei requisiti richiesti, in caso di revoca dell'attestato ovvero quando si trovi in situazione di esubero. In tal caso, l'A. rileva come «lo Stato accetta così di inquadrare nei propri ruoli del personale selezionato congiuntamente all'autorità ecclesiastica non soltanto per l'espletamento di un insegnamento peculiare e determinato, ma anche, almeno in ipotesi, per l'insegnamento di altre e diverse materie, a scapito di tutti gli altri soggetti astrattamente idonei a svolgere quel compito» (p. 172).

Sul piano attuativo, poi, la disciplina solleva ulteriori interrogativi, sui quali sono stati chiamati a pronunciarsi più volte, e con esiti non sempre univoci, i giudici amministrativi e la stessa Corte costituzionale. Tra i molti, l'A. passa in ras-

segna i temi "caldi" legati alla consistenza e alla valutazione dei titoli posseduti dai candidati, secondo le previsioni del primo bando di concorso successivo alla legge n. 186 del 2003; al trattamento giuridico degli insegnanti di religione non assunti in ruolo; all'ampiezza del sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni assunte dall'ordinario diocesano in merito al rilascio o meno dell'attestato di idoneità; alla possibilità che la decisione di quest'ultimo possa manifestarsi anche attraverso il semplice silenzio; alla spettanza dello scatto stipendiale biennale in capo agli insegnanti assunti a tempo indeterminato; all'introduzione nella scuola primaria, ad opera della legge n. 269 del 2008, di un docente unico per tutte le materie ivi insegnate, compresa la religione.

Ne risulta un quadro ricco di chiaroscuri, che l'A. tratteggia dettagliatamente, individuando i dati positivi introdotti dalla legislazione nazionale (tra i quali spicca l'introduzione del concorso quale mezzo ordinario per il reclutamento degli insegnanti di religione), ma anche le sue innegabili criticità, che hanno dato luogo ad una endemica conflittualità giudiziaria, aggravata, peraltro, dalle perduranti incertezze sugli spazi di discrezionalità spettanti all'autorità diocesana e, ancora più a monte, sulla portata dei rapporti tra Stato laico e istanze "confessionalmente" orientate.

Giuseppe Chiara

Salvatore Prisco, *Costituzione, diritti umani, forma di governo. Frammenti di un itinerario di studio tra Storia e prospettive*, G. Giappichelli Editore, 2014, pp. 278.

Il volume *Costituzione, diritti umani, forma di governo. Frammenti di un itinerario di studio tra Storia e prospettive*, nel quale Salvatore Prisco raccoglie alcuni saggi riconducibili ad un arco temporale poco meno che trentennale, presenta una struttura espositiva articolata e comples-

sa, esito della trattazione di tematiche anche molto distanti quanto al piano di indagine, ma legate da una trama metodologica, e ancor prima da una tensione “etica”, costante.

Fin dai primi scritti (*Costituzionalismi antichi e moderni tra strutture invarianti e specificità storiche* e *Le Costituzioni prima della Costituzione*) contenuti nella Parte Prima (*Le radici storiche e le varianti del costituzionalismo*), rivolti ad un approfondimento teorico dei fondamenti e degli sviluppi del costituzionalismo, è palpabile l'attenzione per una dimensione pre (o ultra) formale di quella particolare e rilevantissima funzione di produzione normativa che si sostanzia nella scrittura delle Costituzioni moderne, della quale l'A. rileva l'aggancio con stabili esigenze assiologiche, poste a fondamento del perdurante ruolo di “controllo” del potere svolto dal diritto.

In questa cornice, spicca il saggio dal titolo *I limiti costituzionali del potere costituente. Una rilettura del dibattito alle origini della Repubblica*, nel quale l'A. sostiene che le trasformazioni costituzionali siano il portato di mutamenti condivisi e stabilizzati delle culture politiche di un Paese e perciò delle convenzioni costituzionali in esso operanti, consentendo di individuare, al di là del percorso di formalizzazione giuridico-documentale di una Costituzione, il sostrato offerto dai presupposti culturali e dalla maturità democratica di una comunità.

Per altro verso, ma in via strettamente correlata, la predilezione per l'analisi storica delle dinamiche attraverso cui sono venute affermandosi le ragioni del costituzionalismo esprime, negli scritti di Prisco, una forte tensione “civica” e una certa inquietudine di fondo, offrendo utili indicazioni e quasi dei “moniti” all'odierno legislatore, impegnato nelle sfide incombenti su un assetto democratico, quello definito dalla Costituzione del 1948, ancora per molti versi esposto al rischio di torsioni autoritarie di vario

segno e di separatismi continuamente risorgenti.

In questa scia si colloca anche il saggio su *Giorgio Arcoleo, un costituzionalista tra storia e politica*, nel quale la descrizione dei poliedrici percorsi intellettuali seguiti dal giurista di Caltagirone si salda con rapide pennellate riferite alle sue vicende personali, all'impegno nelle istituzioni, alle polemiche accademiche, quasi a voler additare al lettore un “modello” di studioso laboriosissimo e partecipe delle contrastate trasformazioni sociali del suo tempo.

La sezione si chiude con il denso contributo su *Le radici religiose dei diritti umani e i problemi attuali*, in cui, accanto all'esortazione ad affrontare con prudenza il tema, controverso, dell'apporto del cristianesimo nella costruzione della civiltà europea, si rinviene l'invito ad evitare qualsiasi enfaticizzazione di una sorta di “religione” dei diritti umani, laica e transnazionale, ma carica di ambiguità e possibile fonte di rinnovati conflitti etnici e internazionali.

La trama di un ordito comune, pur nella varietà dei nodi problematici affrontati, si ritrova anche nella Parte Seconda (*La forma di Stato e di governo in Italia. Un cantiere di lavori infiniti*), nella quale la ricostruzione sistematica di una determinata proposta normativa offerta dalla stagione delle riforme avviata nei primi anni novanta, letta spessissimo in prospettiva storica, offre la premessa per un'analisi critica a tratti pungente, ma sempre propositiva e rivolta a mediare tra “estremi” intrinsecamente poco equilibrati in ordine alle modalità di distribuzione del potere politico o considerati distonici rispetto ad assetti politici consolidati.

Così, nel saggio *La “forma di governo” del Comune e le odierne dinamiche politico-istituzionali italiane*, l'A. elogia la visione istituzionale “realistica” introdotta dalle leggi n. 400 del 1988 e n. 142 del 1990, che, tra gli i due poli di

un modello istituzionale di stampo marcatamente maggioritario-uninomiale e di uno presidenziale, descrivono un assetto caratterizzato dalla perdurante preminenza dell'organo assembleare, mitigata, peraltro, da opportuni elementi di razionalizzazione. In quello su *Il Capo dello Stato nella prospettiva della riforma costituzionale*, ritorna il tema classico della doppia veste istituzionale del Presidente della Repubblica, organo di garanzia e soggetto governante, ambivalenza rilevata anche nella proposta di revisione costituzionale elaborata dalla Commissione Bicamerale «D'Alema», che, nell'accentuare il secondo profilo, favoriva un inedito, e problematico, ruolo presidenziale di codirezione dell'esecutivo. Prendendo le distanze da questo modello, l'A. propone quello del Cancellierato tedesco o spagnolo, assistito, peraltro, da un sistema politico e partitico diverso e più coeso rispetto a quello (allora e ora) esistente e, in via subordinata, la ridefinizione dei poteri del Presidente della Repubblica, qualificati come «abbastanza incisivi, ma circoscritti», in modo da ridurre «il rischio di conflitti al vertice dell'Esecutivo» (p. 153). La preferenza per il Cancellierato è riproposta, con dovizia di elementi di supporto tratti dalla storia repubblicana e da autorevole dottrina, nel saggio «*Il Governo di coalizione*» rivisitato, dove, tra l'altro, l'A. evidenzia il carattere di continuità di tale modello «sia rispetto al peso (ma anche al valore) della tradizione costituzionale nazionale, che [...] non può essere facilmente elusa in una materia del genere, sia con riferimento allo schema parlamentare classico, inteso come modalità di “legittimazione mediata” del Governo» (p. 181). Per converso, le tendenze neoparlamentari, proposte a varie riprese nel nostro dibattito sulle riforme, nella versione del c.d. *premierato forte* (al quale è dedicato il saggio *Un uomo solo al comando*), come in quella c.d. *Westminster*, appaiono a Prisco dettate da

un'evoluzione eccessivamente “forzante” rispetto ad equilibri il cui intrinseco dinamismo deve comunque operare gradualmente, confrontandosi con gli assetti socio-politici in trasformazione.

La preferenza per un sistema elettorale che coniughi virtuosamente proporzionalismo corretto e bipolarismo tendenziale è manifesta ancora nel saggio *La nuova legge elettorale per le Camere tra profili di incostituzionalità e prospettive di rimodellamento del sistema politico*, all'interno di un'analisi più complessiva delle disfunzioni del sistema politico affermatosi in Italia con l'introduzione di formule elettorali (prevalentemente) maggioritarie e, poi, della legge n. 270 del 2005. Al di là dei profili di illegittimità evidenziati dall'A. in riferimento a quest'ultimo provvedimento normativo, anticipando, in larga parte, le conclusioni cui recentemente è pervenuta la stessa Corte costituzionale, il dato più rilevante dell'analisi di Prisco sembra offerto dalla proposta di ridurre il condizionamento esercitato dalle forze più radicali all'interno di ciascuna coalizione, rafforzando, invece, il ruolo delle parti più moderate e dialoganti delle rispettive coalizioni di riferimento, idonee a offrire, senza cedere alla tentazione di risorgenti derive consociative, un certo grado di condivisione delle opzioni di lungo periodo sulle politiche pubbliche da parte degli stessi attori politici.

Al tema della rappresentanza di genere è dedicato, invece, lo scritto *La rappresentanza sfidata: il modello liberale tra quote di genere e rilievo del fattore etnico*, nel quale si rileva come la rappresentanza politica intercetti più la dimensione formale dell'eguaglianza, sintetizzabile nella nota formula «una persona un voto», ma si propone, al contempo, l'attuazione di percorsi emancipatori, ex art. 3, comma 2, Cost., che coinvolgano «tempi e modi strutturati [...] nonché *outputs* della organizzazione sociale, in guisa da costruire una democrazia degna di questo nome e

quindi da permettere la valorizzazione in essa anche dello “specifico femminile” e della sua proiezione istituzionale» (p. 191). Appare valorizzata, in tal modo, la “strada lunga” della rivalutazione della partecipazione politica e del confronto tra idealità diverse, piuttosto che quella connotata dal ricorso a (talora meccanicistici) strumenti di ingegneria istituzionale.

La Parte Terza (*Cinque istantanee tra presente e futuro*) contiene, infine, saggi riferiti a vicende istituzionali recentissime.

Dopo l'invito (formulato in *Guardare a Berlino per rinnovare la forma di governo?*) a evitare atteggiamenti di “provincialismo” costituzionale, che si traducano nella ricezione (peraltro solo affrettata e incompleta) di modelli organizzativi realizzati altrove, in esito a «processi di costruzione delle culture politiche e degli ordinamenti di lunga durata e perciò di faticosi assestamenti» (p. 218), l'A. (in *Quando una telefonata (intercettata) non allunga la vita*) esamina i risvolti costituzionali del conflitto di attribuzioni promosso dal Presidente della Repubblica contro la procura di Palermo in riferimento alle intercettazioni telefoniche casuali che coglievano il Capo dello Stato G. Napolitano a colloquio con l'ex Presidente del Senato N. Mancino, dipanando la complessa vicenda alla luce dei principi riferiti alla collocazione costituzionale del Presidente della Repubblica. A quest'ultimo l'A. riconosce una sfera di riservatezza (intangibile da parte degli altri poteri dello Stato e intesa a garantirne libertà di determinazione e di azione), che ben può sostanzarsi in attività di cognizione e influenza, in vista dell'adozione di atti presidenziali tipici. La soluzione favorevole alla non intercettabilità delle comunicazioni (anche) telefoniche del Capo dello Stato riposa, dunque, su una valutazione di ampio respiro, che trascende il dato testuale offerto dall'art. 90 Cost., per indagare, ancora in esito ad un'accurata ricostru-

zione dei precedenti storici, le prerogative presidenziali derivanti dal suo ruolo di depositario dell'*idem sentire de Re publica*. La prospettiva diacronica e sistematica del dato normativo funge, in tal modo, da premessa su cui ricostruire gli attuali equilibri istituzionali ed elaborare soluzioni idonee a fronteggiare incalzanti “emergenze” istituzionali.

Tale *modus procedendi* appare confermato nei saggi finali del volume (*A futura memoria: il nuovo assetto del sistema dei partiti e Il bivio. Due possibili esiti per una rinnovata forma di governo*). Nel primo, la realistica presa d'atto dell'introduzione di fatto di una *inedita forma di governo parlamentare a direzione presidenziale* (p. 246, corsivi dell'A.) offre lo spunto per proporre, nell'ottica di una complessiva razionalizzazione della forma di governo, l'introduzione di un sistema elettorale maggioritario a doppio turno di collegio per le Camere, nonché l'attuazione in via legislativa, dopo decenni di inerzia, degli artt. 49 e 39 della Costituzione. Pur prospettandosi, poi, un formale ampliamento dei poteri del Presidente della Repubblica (con l'eliminazione, tra l'altro, del c.d. “semestre bianco”), si ribadisce comunque la preferenza per l'elezione non diretta dello stesso, preservandone in tal senso la funzione “arbitrale” e di moderazione del conflitto politico. Nel secondo, quest'ultimo orientamento appare come “attenuato”, di fronte all'esigenza di dotare gli esecutivi di una “doppia tutela”, parlamentare e presidenziale, che rafforzi l'autorevolezza degli stessi sul piano interno e internazionale. In questa prospettiva, l'A. “apre” cautamente a modelli semipresidenziali, dei quali sembrano essersi inverte, nel nostro ordinamento, anche le condizioni storiche di attuabilità.

Al di là dei numerosi e complessi nodi problematici affrontati, il volume appare permeato, comunque, da taluni tratti costanti, individuabili nel rigore dell'indagine storico-ricostruttiva delle

trasformazioni subite dalla forma di governo e nella tensione ideale rivolta ad individuare, senza arroccamenti ideologici, il mantenimento di relazioni significative tra i vertici politici e il “pubblico” nella cangiante società globale. In tal senso, i saggi di Prisco offrono letture delle vicende istituzionali analitiche e, al contempo, proiettate verso il futuro, attraverso la prospettazione di soluzioni coerenti con i dati socio-politici colti dallo stesso A. Lungi dal rappresentare un definitivo punto d’arrivo, tali scritti offrono, pertanto, un costante stimolo a riflessioni aperte tra un passato da cui trarre esperienza e un domani, forse proprio grazie a tale metodo, non del tutto oscuro.

Giuseppe Chiara

Deborah Scolart, *L'Islam, il reato, la pena. Dal fiqh alla codificazione del diritto penale*, Istituto per l'Oriente C.A. Nallino, Roma, 2013, pp. 424.

Prevalentemente concentrata sui settori del diritto islamico più resistenti alla codificazione e alla secolarizzazione – come il diritto di famiglia – o di più immediata ricaduta sul versante interno degli ordinamenti occidentali, la dottrina giuridica italiana ha trascurato per lungo tempo lo studio di quel diritto penale islamico che pure presenta elementi di interesse teorico e pratico di indubbia rilevanza.

A sanare questo ritardo viene ora il notevole contributo di Deborah Scolart, che si cimenta con il compito, evidentemente gravoso, di ricostruire il lungo percorso che ha condotto reati e sanzioni dal *fiqh* fino alle codificazioni moderne del diritto penale.

A dire il vero, l’Autrice parte da ancora più lontano, ovvero dal quel sistema di giustizia privata fondato su regole consuetudinarie che governava la vita dell’Arabia preislamica, al fine di sottolineare come la rivoluzione di Maometto e la

nascita dell’Islam non abbiano apportato modifiche sostanziali in questo settore. Non abbiano *inteso apportare* modifiche sostanziali, potremmo aggiungere, visto che in altri settori non mancò il coraggio di aggredire regole e comportamenti altrettanto consolidati. E così, proprio in esatta antitesi a quanto avvenne nel diritto di famiglia, sarà l’evoluzione successiva ad introdurre un avanzamento della disciplina in materia penale, attraverso interpretazioni e modifiche capaci di aumentare le garanzie individuali e introdurre elementi di tassatività e certezza.

Naturalmente il diritto penale islamico riflette alcune delle caratteristiche tipiche dei sistemi giuridici religiosi. Così, la personalità della legge religiosa comporta che esso trovi applicazione solo nei confronti dei musulmani (sebbene questa conclusione non sia da tutti condivisa) e la scarsa propensione all’astrazione propria dell’Islam determina l’assenza di una solida teoria generale del reato.

Sotto quest’ultimo profilo, va notato come lo sviluppo del diritto penale, imperniato sui pochi versetti (e quindi sui pochi reati e sulle poche pene) del Corano, trovi corso attraverso un sistema casistico, in cui assumono centralità il ricorso all’analogia e il potere discrezionale del giudice. Tali caratteristiche, unitamente al rilievo attribuito a clausole di portata generale – dall’intenzione che anima il soggetto allo stato di necessità in cui esso può venire a trovarsi – conferiscono al sistema penale islamico una significativa flessibilità, che andrebbe oggi valorizzata e recuperata per controbilanciare la rigidità che vengono ad assumere i suoi determinati elementi (singoli reati, singole pene) una volta trasposti all’interno delle moderne legislazioni statali.

Tornando alle proprietà tipiche dei diritti religiosi, anche l’Islam deve affrontare il problematico rapporto tra reato e peccato, cui è strettamente legato l’altro complesso binomio sanzione/perdono. Se Dio conosce il peccato di ogni uomo,