



diritto & religioni

Semestrale
Anno I - n. 1/2 2006
gennaio-dicembre

1/2

ISSN 1970-5301

 LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno I - N. 1/2-2006
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, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, 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. Pandolfi
A. Bettetini, G. Lo Castro,
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli,
A. Autiero, G. J. Kaczyński,
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile
Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria
Diritto ecclesiastico e professioni legali

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
A. Fuccillo
F. De Gregorio
G. Carobene
G. Schiano
A. Guarino
F. De Gregorio, A. Fuccillo

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

Letture

Sergio Ferlito, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*

Un paio d'anni fa, in un breve intervento sui Quaderni del mio Dipartimento (*Quaderni del Dipartimento di Filosofia dei Diritti dell'Uomo e della Libertà di Religione*, 9, Napoli, 2004, p.12), lamentavo che, pur essendomi occupato in più circostanze degli aspetti generali del diritto ecclesiastico, alle mie provocazioni culturali non fosse stata data sostanzialmente alcuna risposta. Questo libro di Sergio Ferlito, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Soveria Mannelli, 2005, viene ora a smentirmi, perché entra nel merito di molti dei problemi da me affrontati nel corso degli anni, per cui sono molto contento di poter aprire con lui un dibattito su un tema che molto mi preme, nella speranza che altri interventi possano seguirne.

Il taglio del libro è più simile a quello che questa Rivista vuole portare avanti che a quello da me dato oltre venti anni fa nel *Contributo alla determinazione della scienza del diritto ecclesiastico*, Milano, 1983, che, in una seconda edizione, assumerà un titolo più impegnativo, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, Milano, 1987, nel quale, molto più semplicemente di Ferlito, ponevo in rapporto il diritto ecclesiastico con la sua dimensione storica, chiedendomi se il diritto ecclesiastico, in quanto scienza giuridica potesse, al pari delle altre scienze giuridiche, essere considerato in maniera diversa da tutte le scienze umane, tenuto conto che la distanza tra scienze naturali ed umane si è di molto affievolita e che la pretesa della scienza del diritto di procedere sulla base di principi e di regole suoi propri, perché maggiormente verificabili, appare per l'appunto tale e può avere come unico esito quello di isolarla e di escluderla da un più ampio circuito culturale. Un problema, quello che mi ponevo io, sostanzialmente metodologico e di teoria generale del diritto, sulla base di alcune verifiche storiche e sociologiche.

Inutile rivangare che fino a quel momento, dopo un felice esordio aperto agli studi storici, più precisamente di storia dei rapporti tra Stato e Chiesa, e con qualche rara eccezione (Scaduto, Ruffini, Jemolo, Catalano), si era inteso da parte della dottrina, perseguire la scientificità del diritto ecclesiastico attraverso un'epurazione di tutti gli elementi non strettamente giuridici, ivi comprese la teologia e le c.d. scienze sacre (Del Giudice).

Il diritto ecclesiastico era volto principalmente verso il diritto canonico e costituiva già una conquista il riferimento al diritto costituzionale, al diritto internazionale ed a quello amministrativo. Una posizione asfittica che limitava molto l'oggetto del diritto ecclesiastico che, nel tempo, era molto mutato.

Lo studio di Ferlito prende atto di tale mutamento, come delle mie pregresse osservazioni, ma va oltre, com'è logico che accada nell'ambito della ricerca, perve-

nendo a soluzioni condivisibili che però sollevano, da parte mia, qualche ulteriore considerazione, dal momento che esse potrebbero apparire scontate o meramente dichiarative, certamente ambiziose.

Cercherò di chiarire meglio cosa voglio dire, Ferlito non si avvale di una dottrina consolidata ma di studi recenti e certamente interessanti ma che non si possono considerare classici. Ora, in campo scientifico alcune apparenti novità spesso ricalcano cosa già dette ed hanno bisogno di tempo per essere accolte, per l'appunto per consolidarsi. Le tecniche per giungere ad una conclusione, ognuno le sceglie come crede, solo che ad una conclusione bisogna pur giungere, per cui resta da vedere come e se ci giunge Ferlito. Poco importa se ciò sia o meno compatibile con le mie idee, che restano mere opinioni; quel che importa è di vedere se quelle di Ferlito costituiscono un passo avanti e in quale direzione. Ed anche se la risposta è largamente positiva, alcune precisazioni appaiono necessarie. Cerchiamo di seguirlo in questa sua analisi.

Ferlito parte dalla "crisi del modello giuspositivistico tradizionale inteso come teoria formale del diritto" (p.11) e dalla necessità di "attingere conoscenze da *saperi esterni al diritto stesso*" (p. 12), cioè da una visione non chiusa della scienza giuridica. Su tali presupposti, pienamente da condividere, pone il diritto ecclesiastico, scienza di mezzo, in rapporto alla società multiculturale, che è tale anche perché multireligiosa, è nota come sia strano che a un interesse diffuso verso le religioni, corrisponda una stagnazione e una marginalizzazione della disciplina, che fortunatamente nel frattempo è tornata tra quelle caratterizzanti anche se nell'ambito del diritto costituzionale. Altrettanto strano, egli sostiene, che a un mutamento del suo oggetto di studio corrisponda un approccio penosamente vecchio. Giusto ma Ferlito dice di avere l'impressione che si discuta "di problemi che non sono più 'problemi'" (p. 20) e che occorrerebbe orientare la disciplina alla luce delle trasformazioni sociali in corso. Ora i problemi sussistono o meno indipendentemente dal fatto che alcuni non li avvertano o che non si riesca a trovare una soluzione. È la realtà della vita, quella che i giuristi chiamano il diritto materiale, che aspetta per l'appunto una qualificazione o soluzione giuridica, tanto più quando sopravanzano mutamenti sociali. In questo processo di adattamento della realtà materiale a quella formale, il diritto nasce vecchio perché la qualificazione giuridica interviene quando la realtà materiale è già mutata. Ciò vale per tutta la scienza giuridica, non solo per il diritto ecclesiastico, un processo questo di dinamica giuridica al quale bisogna rispondere.

Occorre, pertanto, sostiene Ferlito, ridefinire l'oggetto del diritto ecclesiastico in una dimensione non professionale ma sostanziale. Ferlito non procede subito in questa direzione, ma sente prima la necessità di distinguere tra società multiculturale, mera situazione di fatto, e multiculturalismo, posizione dottrinale. Io non credo che "archetipo teorico del pluralismo religioso" (p. 27) sia stata solo la Riforma protestante perché questo vale nell'ambito del cristianesimo mentre i cambiamenti sono precedenti, riguardano il paganesimo, l'ebraismo, l'islam. Vero è invece, come sottolinea Ferlito, che le radici del pluralismo sono religiose e che da questo generano la tolleranza e la laicità, anche se i conflitti religiosi costituiscono, anche oggi, una triste realtà, per cui non si può parlare di una "composizione dei conflitti" (p. 30).

A tal punto Ferlito osserva che "il pluralismo accoglie le diversità nella misura in cui esse sono compatibili con un orizzonte culturale condiviso" (p. 31), fatto che, in un mondo più espanso, ne limita molto la portata.

In qual misura, direi, è lecito chiedere alle minoranze collettive diverse la perdita della loro identità in ragione di un modello ad esse estraneo? Questo non è pluralismo ma omologazione, per cui bene conclude Ferlito che "la neutralità della legge e

delle istituzioni è equa di fronte a differenze omologabili; è invece iniqua ... di fronte a differenze non omologabili” (p. 34). Quanto alla tolleranza, essa non tempera solo l'esercizio dei diritti ma serve a creare quel terreno neutro che può consentire la pacifica coesistenza di concezioni religiose diverse, su un piano non solo storico ma giuridico, nel passaggio dai diritti individuali a quelli collettivi, per cui, nota bene Ferlito, essa finisce con l'assumere una funzione centrale. Che ci sia un'intolleranza diffusa è incontestabile ed io credo, a differenza di Ferlito, che di essa sia espressione anche la legge francese sul velo islamico che non è né laica né tollerante ma finisce con l'invadere l'ambito religioso privato. La laicità, infatti, non può giungere al punto da imporre un comportamento religioso ai singoli, perché ciò è espressione di intolleranza, ma deve servire a far considerare accettabili comportamenti che non offendono certo né il mondo laico né le opinioni di chi la pensa religiosamente in modo differente. Diversamente, sarebbe legittimo chiedere l'abolizione di ogni simbolo religioso e ritornare alle controversie iconoclastiche.

È invece pienamente condivisibile l'opinione di Ferlito, che riporto nella sua ica- sticità, che “la radice dell'intolleranza sta in una visione dogmatica della “verità”, che non lascia spazio ad una pluralità di concezioni del bene e pretende di insegnare a tutti quale sia il bene di ciascuno” (p. 48).

Invertendo il titolo della nostra Rivista, Ferlito passa all'analisi del rapporto tra cultura, religione e diritto, individuando nel termine cultura quel “complesso di valori, tradizioni, costumi, credenze ed abiti mentali che connotano una determinata comunità sociale” (p.), per cui è incontestabile che la religione possa essere riguar- data in tale prospettiva. Ferlito distingue giustamente tra la dimensione organizzati- va istituzionale e quella individuale, dice che l'attitudine dei nostri ordinamenti è cristiano-centrica, e avverte che l'ecclesiasticista è un giurista e non un antropologo, anche se le norme sono prodotti culturali. Egli sottolinea l'incapacità delle dottrine a definire giuridicamente il concetto di confessione religiosa, che ha un senso solo all'interno del cristianesimo, e il significato stesso della parola religione, e conclude che “la ragione ultima del diritto ecclesiastico sta invece nel fatto che esistono le religioni come fatto antropologico e sociale” (p. 71), affermazione che necessita al- cune precisazioni. Il diritto ecclesiastico si occupa del fattore religioso non delle religioni e lo fa su un piano giuridico, come aveva avvertito lo stesso Ferlito, non antropologico. Questo costituisce il presupposto, non il fine del diritto ecclesiastico. Ora l'apertura verso una dimensione culturale, come l'insopprimibilità di tali pre- supposti, non può in alcun modo avere il significato, cui sembra aderire Ferlito, di una sottoposizione della dimensione giuridica a quella antropologica.

Ferlito dice bene che il problema dell'ecclesiasticista è di evidenziare “quanta religione c'è nel (nostro) diritto secolare” (p. 73) ma limita “l'oggetto di studio precipuo dell'ecclesiasticista” (ivi) al rapporto religione-diritto e ciò appare limitativo solo che si pensi che l'ecclesiasticista non è riuscito nemmeno a dare un contenuto giuridico al termine religione e che ha proceduto nelle sue analisi prescindendo da un'approfondita conoscenza dei diritti religiosi, che appare necessaria ma non suffi- ciente. Non è questa la direzione da perseguire se no si torna al rapporto diritto ecclesiastico-diritto canonico.

Non credo nemmeno che la laicità nasca dal cristianesimo ma dalla necessità di far convivere credi diversi, né che sia pienamente attuabile. Il problema è che la religione, anche se fatto antropologico, ha assunto una dimensione politica e che la stessa Chiesa cattolica ha assunto una tale configurazione, con un processo di secola- rizzazione all'inverso. In questo senso esemplari sono le critiche di Ferlito alla sen- tenza della Corte Cost.n.203/99 sulla laicità.

Sul rapporto diritto ecclesiastico-diritto canonico Ferlito nota giustamente come il retroterra canonistico abbia “predeterminato l’oggetto di studio, condizionando il metodo, circoscritto gli interessi e ristretto gli orizzonti” dell’ecclesiasticità (p.89), in specie nell’invito a *sentire cum Ecclesia* (Fedele), anche se direi che da analoghi condizionamenti non sono esenti altri diritti religiosi che non si sostanziano in Chiesa come quello musulmano. Io non arrivo a credere, a differenza di Ferlito, che bisognerebbe sentire *sine Ecclesia et sine religio*, perché forse così si comprende meglio il diritto ecclesiastico, ma certamente ciò non vale per il diritto canonico, e non credo nemmeno che tutte le religioni siano solo “umanissimi prodotti culturali” (p. 94), dal momento che esse tendono a dare un’interpretazione del mondo, nel rapporto tra divino ed umano, fra immanente e trascendente. È con questa realtà che il giurista si pone in relazione, ed essa non è solo culturale e antropologica, vuole essere di più. Cosa significa che antropologi e sociologi indicano “nel sacro l’elemento fondante della coesione sociale” (p.96)? Che il sacro è una mera categoria sociologica o antropologica? Anch’esso è qualcosa di più e di diverso. Il rito, che si accompagna al sacro, come ammette lo stesso Ferlito, è anche una categoria giuridica, una procedura, riguarda giudici e giudizio. Il discorso sul sacro, iniziato da Otto, in una prospettiva non giuridica, finisce così con l’essere deviante per un giurista laico, ne mina alla base l’affidamento nel diritto, la sua impositività, la gerarchia delle fonti, perché in ragione del sacro tutto potrebbe essere derogato. Questo discorso può portarci lontano e dovrebbe essere ulteriormente approfondito in direzione giuridica, perché l’impressione che ne traggio è che Ferlito abbia, rispetto a me, minore affidamento nel diritto.

Molto interessante quanto scrive sulla comunità religiosa. Il riferimento al rapporto comunità-associazione, alle dottrine contrattualiste, a quello tra la comunità e i propri membri, al passaggio dal momento individuale a quello comunitario e alle comunità non cristiane, danno la misura che il problema non è solo sociologico ma anche giuridico.

L’antropologia giuridica pone in discussione alcuni principi di teoria generale del diritto “l’identificazione tra diritto e legge, fra Stato e diritto” (p. 123), e i limiti posti al pluralismo giuridico dalle teorie istituzionalistiche, nonostante in Italia queste si siano sostanziate nella posizione di Santi Romano dichiaratamente pluralista. Ferlito ha pienamente ragione nell’affermare che il Romano pone l’accento più sull’istituzione, che identifica nell’ordinamento, che sul pluralismo, e che di essa si siano molto serviti gli ecclesiasticisti per quanto concerne i rapporti tra l’ordinamento dello Stato e quello della Chiesa, entrambi primari, come tra ordinamenti primari e derivati. C’è stato indubbiamente un abuso del termine ordinamento.

Ferlito ha ragione anche nel dire che il nostro concetto di diritto è estraneo ad altre società, in specie a quelle non occidentali. Per gli antropologi giuridici i rapporti con queste società danno la misura del modo in cui deve essere inteso il pluralismo giuridico, per cui Ferlito conclude che “fin quando non analizzeremo fino in fondo il nesso diritto/religione/cultura... Non riusciremo ad andare da nessuna parte” (p.133). Certo, il diritto su cui noi abbiamo lavorato fino ad oggi era convenzionale, tutto interno nell’ambito statale, con un orizzonte limitato che la globalizzazione non consente più di rendere credibile, anche perché il fattore religioso e la dimensione culturale sono inter-ordinamentali per cui è da condividere l’affermazione che “i diritti religiosi ... costituiscono un terreno privilegiato per saggiare ... modelli analitici di pluralismo religioso”, e che questo è compito dall’ecclesiasticista (p. 135).

Non credo però che il diritto ecclesiastico abbia incentrato la propria attenzione solo sui diritti collettivi perché ciò non è per l’art. 19 Cost., che prende in considera-

zione la libertà religiosa individuale e perché gli aspetti religiosi sono in primo luogo individuali, privati.

È infatti, come nota lo stesso Ferlito, i diritti culturali sono sia collettivi che individuali, avvertendo del pericolo che sorge “dall’odierna legislazione negoziata, la quale tutela l’unità dei gruppi religiosi a spese della libertà religiosa dei singoli” (p. 150), come nemmeno la legge sui culti ammessi del ’29 aveva fatto. Non mi sembra però che la dottrina ecclesiasticista questo non lo abbia posto in risalto (Ravà, Bellini, Catalano, Finocchiaro, Tedeschi).

Ferlito affronta infine l’argomento più complesso, quello della dimensione storica del diritto, ove il termine storia è inteso nel senso di storia della cultura, e dice che l’antropologia è figlia della storia del diritto. Queste questioni, che ho da sempre considerato centrali per lo sviluppo del diritto ecclesiastico, unitamente a quella che lui pone del rapporto religione-politica, vengono solo accennate – forse perché me ne ero occupato anch’io – mentre avrebbero meritato una maggiore attenzione. Ferlito ha alcune notevoli intuizioni: sull’influenza della cultura giusreligiosa ebraica nei confronti del pensiero filosofico e giuridico contemporaneo; sulla continuità tra il diritto sacro romano e il diritto canonico; tra *fas* e *nefas* come tra *fas* e *ius*; sui rapporti di lunga durata, nei quali dovrebbero essere inquadrati i fenomeni religiosi; quando si riferisce a Carl Schmitt sui concetti teologici secolarizzati; Ernest Kantorowicz sul corpo mistico di Cristo che diventa struttura organizzativa della Chiesa; alle chiese congregazionaliste come modelli di democrazia rappresentativa; e alle radici teologiche della rivoluzione francese. Tutto giusto e frutto di notevole sensibilità culturale, anche se questi sono più ambiti di ricerca, sui quali dovrebbero indirizzarsi gli interessi dei cultori di diritto ecclesiastico, che è quanto io stesso vado facendo dall’inizio delle mie ricerche.

Il problema teorico però è ancora più complesso, dal momento che Ferlito esclude la comparazione come modello sia pure tra scienze affini, tutte egualmente interessate al fattore religioso. Si tratta di una questione di metodo sulla quale Ferlito non ritiene opportuno soffermarsi dal momento che si ferma ad evidenziare i problemi e ad indicare le possibili linee di sviluppo, cioè a una diagnosi, senza dare la terapia.

Il diritto ecclesiastico è scienza giuridica e deve seguire una metodologia giuridica anche nel caso in cui l’affidamento nel diritto è flebile. Ora, nella sua tendenza alla sistematicità, il giurista tende a porre i dati di un problema, ad analizzarli, a verificarli, e a dare alla fine una conclusione. Poche volte lascia il discorso aperto, si attesta su un *non liquet*, ammesso dal pretore romano ma non nel nostro sistema. Quello giuridico però è un sistema concluso; e ciò che è richiesto al giurista è solo una coerenza interna al sistema che è difficile da perseguire quando si riguarda il problema da punti di vista esterni, siano essi culturali o antropologici. È legittimo ogni riferimento a tali scienze, solo che poi bisogna tornare al diritto, non dimenticare di essere giuristi. E ciò non perché il diritto ha, rispetto alle altre scienze umane, un maggiore ambito di verificabilità, ma perché la metodologia giuridica, affinata nel corso di millenni, ha sempre consentito di giungere a risultati concreti che appaiono invece più incerti ed opinabili in capo ad altre scienze, in specie quelle di più recente elaborazione, come l’antropologia culturale e quella giuridica. Al riguardo, il dibattito è lungi dall’essere concluso e spero possa svilupparsi anche nell’ambito di questa Rivista.

Anche il fatto che Ferlito si avvale di una dottrina attuale, certamente stimolante ma prevalentemente descrittiva, come quella anglosassone, tendente più ad evidenziare nuovi problemi che a risolvere i vecchi, in specie se ancora aperti, può averlo indotto a questo tipo di analisi. Su questi ultimi problemi, in specie sui rapporti

storia-diritto, Ferlito avrebbe potuto dire qualcosa di più solo se avesse voluto concludere il proprio studio, con un'indagine dei contenuti attuali del diritto ecclesiastico. Il mutamento del suo oggetto non deve far dimenticare, infatti, che nei manuali di inizio '900, come nelle Enciclopedie a cavallo tra '800 e '900, ogni riferimento ai concordati era precluso, che gli aspetti costituzionali erano mortificati al punto che la stessa dottrina più recente ha trovato difficoltoso riferirsi alle disposizioni della nuova Costituzione del '48, che i riferimenti alle altre discipline giuridiche e alla teoria generale del diritto ci sono stati (basti pensare all'utilizzazione da parte del Checchini delle categorie del diritto internazionale privato o del Magni di quella del procedimento amministrativo) e debbono continuare ad esserci. Diversamente, si farebbe un grave torto a una dottrina che non si è mai dimenticata che il diritto ecclesiastico è scienza di mezzo, anche se ha avuto delle responsabilità, influenzata forse da un eccessivo dogmatismo, dal normativismo giuridico e dalla teoria istituzionista, nell'aver messo in secondo piano gli aspetti storici e culturali. Su quelle basi il diritto ecclesiastico si è sviluppato anche se poi la realtà storica, il diritto materiale, ha finito realisticamente con il sopravanzare la dimensione formale, ponendo nuovi e diversi problemi. Ma questa è la vita del diritto, di un diritto che vive nel sociale, che ha una dimensione storica ma che è pur sempre un diritto.

Il libro di Ferlito costituisce un contributo notevole alla determinazione dell'oggetto del diritto ecclesiastico, una riflessione intelligente, colta, informata, che spero induca altri studiosi a soffermarsi su questi problemi che, anche perché non del tutto risolti, appaiono centrali ed importanti per lo sviluppo di una disciplina che, per avere come oggetto lo studio del fattore religioso, non è solo scienza di mezzo tra le scienze giuridiche ma tra tutte le scienze umane.

Mario Tedeschi

Antonio Fuccillo, *L'attuazione privatistica della libertà religiosa*

Il lavoro di Antonio Fuccillo, *L'attuazione privatistica della libertà religiosa*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 203, parte da un presupposto del tutto condivisibile: che la libertà religiosa, "una delle libertà fondamentali dell'individuo, non può essere riguardata soltanto nell'alveo pubblicistico" (p. 12), e dall'ulteriore rilievo che l'ambito privatistico non debba perseguire solo la logica del profitto e del consumo ma anche quegli aspetti morali che, come quello religioso, costituiscono dei valori di base (pp. 14-15). L'A. nota giustamente che la sfera privata preesiste a quella pubblica e osserva che la concezione negativa della libertà religiosa appare superata, attestandosi sulla dimensione positiva di tale diritto che consentirebbe una migliore tutela giuridica dei diritti dell'individuo come delle formazioni sociali, secondo uno schema che parte dal bene giuridico tutelato – la libertà religiosa – per passare all'interesse concreto tutelato e a quello dell'ordinamento, fino alla sua effettiva attivazione.

L'altro rilievo che mi sembra importante riguarda la natura giuridica delle norme costituzionali su tale materia, unanimemente ritenute come norme precettive. E giustamente l'A. rileva: "com'è possibile che tali norme siano precettive?" (p. 29), "in cosa consisterebbe la loro precettività, essendo immediatamente prive di sanzione?" (p. 30), se ci sia bisogno di una legge che le renda attuabili, e se la libertà religiosa