



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

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

possa considerarsi un diritto nell'ambito del sistema giuridico positivo (p. 31), al di là di un ulteriore intervento che parte dallo Stato. In una parola Fucillo si chiede se la libertà religiosa possa ancora considerarsi un diritto pubblico subbiiettivo, che l'individuo vuole garantito in primo luogo dallo Stato. È la tesi del Ruffini, ripresa dal Catalano e da quasi tutta la dottrina ecclesiasticistica, non solo italiana.

Che il disegno costituzionale in materia non sia stato del tutto attuato appare evidente, e così che non sia sufficiente il "divieto per il legislatore di limitarlo" (p. 43). In un articolo pubblicato in Spagna dalla *Revista española de derecho canonico* nel 1990, p. 169 ss., che ha avuto l'onore poi di essere inserito in un volume pubblicato della stessa *Revista* che celebrava i suoi primi cinquant'anni di vita tra i saggi più significativi fino allora editi, unitamente ai lavori di Kuttner, di Fransen, di Waigand, di Echappè, di Maffei, unico articolo fra l'altro di diritto ecclesiastico di un autore italiano¹, io stesso avevo avanzato molti dubbi sul contenuto negativo della libertà religiosa, sulla sua dimensione pubblicistica e sulla stessa proiezione verticistica, configurando il diritto di libertà religiosa in senso positivo, come mero diritto soggettivo, in proiezione orizzontale, e sottolineandone il carattere relativo e non assoluto, per cui non posso che vedere con favore l'impostazione di Fucillo, la sua diffidenza nei confronti di una legge ordinaria sulla libertà religiosa e la sua fiducia, invece, sulla "possibile utilizzazione degli istituti privatistici quali veicoli giuridici attraverso i quali fornire di concreta *vis* attuativa le esigenze religiose dei singoli" (p. 45).

Non condivido però la sua resistenza a considerare la libertà religiosa come mero diritto soggettivo, anche perché tale concetto riguarda proprio gli aspetti privatistici, a vantaggio dell'interesse legittimo, per il quale sembra invece propendere, sconosciuto ad ordinamenti diversi dal nostro, come quello tedesco, e pertanto non genericamente utilizzabile. Sono le situazioni giuridiche soggettive, non gli interessi, ad essere meritevoli di tutela. Se la libertà religiosa tutelata dall'art. 19 Cost. si sostanziasse in una mera norma di riconoscimento sarebbe ben poca cosa. Essa è per me un diritto soggettivo, non necessariamente pubblico perché tale è il bene giuridico tutelato, ma anche privato perché riconducibile ai soggetti. Le norme di diritto ecclesiastico non sono tutte riconducibili allo Stato ma anche alle confessioni né sono sempre di derivazione unilaterale, basti pensare ai concordati. A livello costituzionale è prevista una contrattazione bilaterale aperta che sicuramente limita la capacità dello Stato di intervenire in modo unilaterale.

Condivido invece pienamente il richiamo alla religione come elemento qualificante dei rapporti interpersonali, la sua rilevanza sociale, la sua qualificazione "come portatrice di elementi positivi non necessariamente metafisici" (p. 61). E così che "la libertà religiosa è uno dei punti di arrivo della cultura laica" (p. 64), anche se è difficile credere che possa segnare "la completa emancipazione ecclesiastica dello Stato, e sicuramente la fine di una simbiosi politica durata duemila anni" (p. 65).

Il richiamo al Kelsen, per il quale, com'è noto, la libertà religiosa non può considerarsi un concetto giuridico, è legittimo sul piano della teoria generale, molto meno quello a Baldassarre, secondo il quale il giurista positivo dovrebbe ricostruire attraverso l'ermeneutica del dato normativo e l'analisi storico-filosofica degli istituti (quali?) – certamente non di diritto positivo – "i legami ed i reciproci rapporti ed influenze

¹ Cfr. *Estudios jurídico-canónicos conmemorativos del Primer Cincuentenario de la Facultad de Derecho Canonico en Salamanca (1940-89)*, Antonio García y García (ed.), Salamanca, 1991, p. 319 ss.

tra le garanzie giuridiche della libertà e le scelte ideologiche di fondo compiute dai singoli ordinamenti positivi” (p. 68).

Non è così. Le garanzie della libertà religiosa, che è un diritto fondamentale costituzionalmente protetto, non possono derivare dalle scelte di carattere politico dei singoli ordinamenti perché la libertà religiosa è uno degli *iura connata* dei singoli cittadini, un diritto che sorge in capo agli individui nel momento stesso in cui nascono, un diritto per l'appunto soggettivo, tutelato a livello costituzionale da tutti gli ordinamenti. Non c'è Costituzione che non la preveda anche se poi i modi di attuazione sono molto differenti. Diversamente, si tornerebbe a una concezione non giuridica della libertà religiosa, “sulla base di regole di produzione politica” (p. 69), dalle quali il diritto di libertà religiosa si è da secoli affrancato. La libertà religiosa non è pertanto un concetto politico ma giuridico inserito, come ammette Fuccillo, “all'interno di sistemi costituzionali rigidi” (p. 70). Né la morale può “costituire un criterio ermeneutico attraverso il quale veicolare (brutto termine!) nel diritto vivente principi del cd. *diritto naturale*” (p. 72), perché la morale non è un criterio ermeneutico giuridico e la libertà religiosa non è un principio di diritto naturale se non nel senso che nasce con gli individui. Essa è un diritto costituzionalmente protetto e come tale va riguardato. Non è un dover essere, obbliga tutti i singoli consociati, lo Stato e le confessioni stesse; non deriva da una scelta dell'ordinamento, non è, in una parola, un diritto disponibile.

Legittimo è anche il riferimento a Kant sui rapporti libertà-diritto, e al diritto come “regola per cui la più ampia libertà del singolo possa coesistere con la libertà di ogni altro” (p.74), quello al teleologismo e alla giurisprudenza degli interessi di Heck, come alla concezione del diritto soggettivo come interesse giuridicamente protetto dello Jhering. Fuccillo individua bene i precedenti storici in Marsilio da Padova, in Ockham e in Suarez, cioè nella scolastica francescana e nella seconda scolastica che in precedenza, in uno studio importante, sono stati anticipati da Ferlito, ed ammette che “in tale prospettiva... i diritti di libertà potrebbero essere qualificati meri diritti soggettivi, nella dinamica internazionale tra soggetti privati” (p. 78), che “non passi necessariamente attraverso la valutazione discrezionale del legislatore, ma anche attraverso la capacità autoregolamentare dei singoli” (p. 79).

Non c'è un “sovraccarico metafisico e ideologico” del concetto di libertà (p. 80) – ancora Baldassarre –, né la necessità di giudizi di valore o di gradimento politico espressi dal legislatore (p. 81), né un passaggio dalla libertà ai diritti di libertà garantiti dall'ordinamento (p. 83). Lo Stato dovrebbe garantire i diritti fondamentali della persona, la sua dignità, che i privatisti hanno da tempo ritenuto necessari di garanzie costituzionali. Non credo però che ciò serva ad umanizzare l'*homo oeconomicus* (p. 94), ma certamente un maggior ambito di libertà nei rapporti privati è, sotto ogni verso, positivo.

Nella seconda parte del volume Fuccillo affronta il problema dell'attivazione della libertà religiosa nel sistema privatistico. Avverte che non è possibile una negoziabilità della libertà religiosa, diritto inviolabile, ma dice che è invece possibile una “utilizzo pratica del rapporto negoziale” (p. 104), riferendosi allo schema del contratto. Mi consenta di dissentire. Il contratto è una categoria negoziale non solo privatistica, ci sono contratti di diritto pubblico differenti dalle intese o dagli accordi cui si riferisce l'A. Lo schema contrattuale ha contenuto privatistico, il bene giuridico tutelato, l'interesse religioso, no. Né ha una dimensione privatistica la collaborazione tra società civile e comunità religiosa. Privatistici sono gli accordi di convivenza o il matrimonio civile che non'è una mera manifestazione di libertà ma un vincolo da cui scaturiscono effetti tipici. La libertà negoziale è altro rispetto alla libertà matrimo-

niale, che è quella di scegliere il tipo di matrimonio più confacente. Fuccillo dice che “le categorie negoziali non possono mai porsi quali strumenti limitativi della libertà religiosa dei singoli” (p. 113), ma si riferisce al Rescigno, secondo il quale “la relazione tra soggetti si traduce nel sacrificio della volontà e della libertà dell’uno per la soddisfazione dell’interesse dell’altro soggetto” (p. 114). Non nel matrimonio, dove gli interessi dovrebbero convergere.

Vero è invece che il negozio testamentario sia “intimamente connesso alla religiosità dell’individuo” (p. 114), e che la volontà del testatore è ritenuta un bene primario. Fuccillo richiama un tema classico del diritto ecclesiastico, quello relativo alle disposizioni in favore dell’anima (art. 629 c.c.), intesa in senso cattolico, parla opportunamente del testamento biologico, della necessità di armonizzare l’ordinamento, della tutela cautelare dei diritti costituzionalmente protetti – il diritto alla vita, alla salute, alla libera circolazione –, e il diritto a un’esistenza libera e dignitosa anche per i portatori di handicap, e perfino della questione dell’ora di religione, delle trasfusioni ematiche e dei simboli religiosi, ipotesi non dottrinali ma attuali che rischiano di intaccare la pace sociale. Si sofferma anche sul danno non patrimoniale – sia morale, che biologico ed esistenziale –. Non tutto ha diretto riferimento alla libertà religiosa. Lo ha certamente il “divieto di discriminazione dell’immigrato per motivi religiosi” (p. 138), e lo ha la risarcibilità del danno per violazione di un diritto inviolabile dell’uomo. Quanto al danno esistenziale la sua risarcibilità è fondata sull’art. 2043 c.c., quella del danno biologico sulla stessa norma e sull’art. 32 Cost., quella del danno morale sull’art. 2059 c.c. Fuccillo avverte che: “la naturale indeterminatezza del contenuto lessicale (e giuridico) dei termini “libertà” e “religione” potrebbe costituire facile pretesto acchè ogni condotta, anche la più innocente, possa causare assurde richieste risarcitorie”... e sottolinea “l’enorme difficoltà di individuare condotte effettivamente lesive, e di conseguenza la loro monetarizzazione”, dando così prova di un sicuro senso giuridico e di equilibrio. Tutti i danni non patrimoniali sono considerati comunque risarcibili.

La libertà religiosa può pertanto ottenere pratica attuazione in ambito privatistico e l’interesse religioso è considerato un interesse meritevole di tutela. Fuccillo cita l’opinione di Guido Alpa, un civilista a me caro, che “la netta separazione tra i due testi, Codice e Costituzione, è in via di superamento” (p. 154), aggiungerei tardivo perché le pretese dei civilisti della mia generazione e di quella immediatamente precedente erano diverse e cioè nel senso di poterne prescindere.

Condivido anche l’opinione di Fuccillo che sia “già in corso un progressivo ritiro dello Stato da una serie di settori cruciali della società” (p. 155), favorendo così “lo sviluppo di strumenti di autoregolamentazione” (p. 156) di stampo civilistico, e che le “intese di cui all’art. 8 Cost. siano andate in crisi”. Nota bene l’A. che “è rischioso attribuire allo Stato, inteso come soggetto politico, il potere di verificare la meritevolezza di un credo religioso e della sua confessione” (p. 159). Andava detto da tempo. E così che debba essere “rimessa in discussione la frattura tra “diritto” e “morale”, che aveva caratterizzato il positivismo giuridico” (p. 160). Fuccillo si chiede se “si possa giungere ad un autoequilibrio in materia di libertà religiosa” (p. 162), a un sistema di *global governance*. Lo spero, ed anche se questo è ancora molto difficile, deve costituire un punto di arrivo. L’A. dubita a buon diritto “che una legge possa proporre una definizione accettabile di ‘religione’ o di ‘religiosità’” (p. 164), e di fatto fino ad ora a un contenuto giuridico di tali termini non si è pervenuti. Il riferimento infine alla norma di partecipazione al procedimento amministrativo mi ha richiamato quanto già un grande ecclesiasticista, il Magni, aveva fatto in tempi ormai lontani, configurando la trascrizione matrimoniale come procedimento amministra-

tivo. E Fuccillo conclude bene il suo lavoro osservando “che la nostra società non è più formata da una “maggioranza” e da “varie minoranze”, ma è costituita da una pluralità di gruppi culturali, e tali sono le sfide delle scienze giuridiche” (p. 173) e del nuovo diritto ecclesiastico.

È un lavoro che esprime sensibilità giuridica e maturità. Fuccillo aveva già avanzato alcune di queste proposte in una relazione a un convegno sulla libertà religiosa tenutosi a Napoli alcuni anni fa. Ora porta le proprie tesi a ulteriori conseguenze, le sviluppa, le verifica e lo fa in modo originale e con personalità. Alcuni aspetti avrebbero potuto essere ulteriormente verificati e forse tolti da tale analisi, ma nel suo complesso il lavoro appare degno della massima considerazione e in sintonia con lo sviluppo della dottrina ecclesiasticistica italiana.

Mario Tedeschi