



Nicola Colaianni

(ordinario di Diritto ecclesiastico dell'Università degli Studi di Bari
"Aldo Moro", Dipartimento di Giurisprudenza)

I problemi pratici della libertà religiosa *

1 - Comincio con il ringraziare il Presidente del Senato Schifani, i senatori Ceccanti e Malan e i professori Margiotta Broglio e Mirabelli, che hanno consentito il proficuo svolgimento di questo incontro. Un grazie particolare, mi si permetta, al prof. Margiotta - a cui devo l'idea di questa presentazione con l'individuazione dei relatori - e al prof. Ceccanti che l'ha accolta, curandone l'attuazione.

Ringrazio anche la dott.ssa Bonato, che per il Mulino mi ha seguito continuamente nel lavoro di *editing*, e tutti voi, amici - colleghi e parlamentari o ex - per aver partecipato al dibattito su un tema che, in tempi di legge di stabilità e di timori per lo *spread* oscillante e per il *fiscal compact* ancora privo di legge di attuazione, può sembrare del tutto eccentrico e comunque marginale rispetto alla sostanza della nostra vita quotidiana.

Ma mi pare che ciò che stasera s'è detto non autorizzi una conclusione così schematica, ancorché in tempi economicamente difficili la lotta per i diritti di libertà appaia naturalmente un lusso. Senza diritti, tuttavia, avanza la diseguaglianza e la diseguaglianza ha un prezzo per la democrazia. Come ama ripetere Joseph Stiglitz, il premio Nobel 2001 per l'economia, è un pericolo per la democrazia quando, invece del principio "una persona, un voto", si va affermando in concreto il principio "un dollaro, un voto". Personalmente m'iscivo al filone di ricerca che sostiene il primo principio, quello del primato della persona.

Una tavola rotonda a proposito di un libro si risolve inevitabilmente in un esame. Credo che il mio, più o meno, sia passato.

* Il testo del contributo - accettato dal Direttore - riproduce (a seguito del riversamento del testo registrato, con soli adattamenti formali e perciò senza note) della replica dell'A. nel corso della tavola rotonda sul libro *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, tenutasi a Roma il 17 dicembre 2012 nella sala Koch del Senato della Repubblica, con la partecipazione - dopo il saluto introduttivo del Presidente Renato Schifani e la lettura del messaggio del Vice-presidente sen. Vannino Chiti - dei senatori Stefano Ceccanti e Lucio Malan e dei professori Francesco Margiotta Broglio e Cesare Mirabelli. Nel testo sono nominati gli altri interventori nel successivo dibattito.



Non ho colto delle critiche oppostive, ma dei suggerimenti semmai a riflettere meglio su alcune implicazioni. Cercherò quindi – spero molto brevemente – di prendere spunto dai vari interventi per cercare di chiarire e aggiungere qualcosa.

2 – Il primo spunto lo traggio dall'intervento del sen. Malan, che ha opportunamente insistito sul rapporto tra ricerca scientifica e legislazione. Questo libro, in effetti, è nato da una ricerca non allo stato puro ma per l'università. Tuttavia, ha una vocazione civile, è stato pensato anche come una ricerca funzionale alla legislazione. Un po', se vogliamo, per la mia biografia professionale e politica: ho fatto parte per un breve periodo del Parlamento, per un altro più lungo della Cassazione, cioè di quella Corte suprema che, a differenza dei giudici di merito ordinari e amministrativi, attiene alla fase della formazione e formulazione del diritto perché – scriveva Piero Calamandrei – adegua la legge alle sempre nuove esigenze della vita e dei rapporti economico-sociali. Queste esperienze mi portano naturalmente a quella concretezza, direi funzionalità, della ricerca, di cui parlava il presidente Mirabelli.

Ma ci sono soprattutto ragioni obiettive, che sorreggono questa vocazione civile della mia ricerca. Il diritto ecclesiastico, in quanto parte del diritto pubblico – il diritto pubblico delle religioni, come ho intitolato il libro -, è direttamente connesso alla dimensione politica. Il giurista delle discipline pubblicistiche non può far cadere questa connessione, può forse – come scrisse Carl Schmitt nella sua opera più intima e personale, *Ex captivitate salus*, in cui cercò di giustificare o almeno contestualizzare l'adesione al nazismo, che gli era stata contestata in stato di detenzione – solo attenuarla ricorrendo all'arte della riserva mentale o del camuffamento.

Inoltre, e ciò vale non solo per il diritto pubblico ma per tutto il diritto, in tempi di globalizzazione è impossibile il rifugio, per usare ancora un'espressione di Schmitt, nel "nirvana del positivismo". Non è più possibile ormai pensare ad una legge blindata come una "casamatta" (usava proprio questo termine anni fa, parlando degli effetti della globalizzazione, Paolo Grossi, l'attuale giudice costituzionale) perché il processo produttivo delle norme al giorno d'oggi appartiene solo per un frammento al Parlamento, appartiene anche ai giudici e – nella sua funzione propositiva e anticipatrice - alla dottrina. Perciò, nel corso di questa ricerca ho fatto continuo riferimento alla giurisprudenza, non



soltanto italiana e, ovviamente, europea ma anche americana (su quest'ultimo punto, toccato dal prof. Margiotta, tornerò tra poco).

La delegazione di potere normativo ai giudici è tanto più ampia quanto più la legge è generica, frutto di un compromesso parlamentare non sul contenuto dispositivo ma sugli enunciati normativi o addirittura sulla rinuncia a legiferare, sulla paralisi dell'attività legislativa. In quest'ultimo caso, che è quello del vuoto normativo, ovviamente la giurisprudenza si espande al massimo: non essendo possibile un giudizio di *non liquet*, a norma dell'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile, deve necessariamente attingere, con la bussola della Costituzione, all'esperienza giuridica globale.

Mi rendo conto che, come dice Ronald Dworkin, stiamo assistendo all'emergere di una *secular papacy*, di un "papato secolare", quello dei giudici. Ma sarebbe opportuno che sulle cause del fenomeno il prossimo Parlamento – che in questa legislatura ha sollevato un conflitto di attribuzione con la Cassazione (si trattava del caso Englaro e dei trattamenti sanitari di fine vita), ovviamente dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale – porti una riflessione seria e non emergenziale. D'altro canto, è una storia vecchia, questa, che si ripropone sia pure in termini aggiornati: Tocqueville diceva che contro gli eccessi della democrazia, l'onnipotenza della maggioranza e del parlamentarismo, c'è "l'idea del diritto", lo spirito giuridico, a fare argine.

3 - Il libro ha adottato come bussola appunto la Costituzione e, nel campo della libertà religiosa, il suo frutto più maturo: la laicità, che, per evitare equivoci ricorrenti alla luce di altre esperienze giuridiche, come quella francese, ho definito pluralistica. Qualche chiarimento, che prende spunto dal discorso del prof. Mirabelli e dalla serie di interventi della prof.ssa Decaro, del prof. Zanchini e del prof. Monaco.

La metterei così, schematicamente e senza girarci troppo attorno: il contrasto è oggi tra una laicità garantistica di concezione statalistica – l'ha definita così, mi pare, Mirabelli - e una laicità sana, positiva, teorizzata spesso dal mondo religioso, in particolare dal magistero pontificio, per impedire quella che viene ritenuta un'emarginazione della Chiesa e delle confessioni religiose in un angolo. Questa laicità – ha scritto recentemente un autorevole canonista come Giorgio Feliciani – non si preoccupa più, come in passato, dell'indipendenza della Chiesa da interferenze dei poteri pubblici bensì della effettività della sua presenza nelle congiunture politiche, sociali ed economiche.



Qualche giorno fa, in occasione della ricorrenza di sant' Ambrogio, il discorso del cardinale Scola, a cui ha fatto riferimento Franco Monaco, ha riproposto sostanzialmente questa concezione. Egli ha parlato di una divisione e contrapposizione che oggi esisterebbe non tra le religioni (cioè lo scontro delle civiltà, l'islam e mondo occidentale, preconizzato da Samuel Huntington) ma piuttosto tra il secolarismo e le religioni. Per risolvere questo conflitto, che ha in palio la libertà religiosa, riconosce bensì che - pur esistendo secondo la *Dignitatis humanae* e i documenti conciliari un diritto e dovere dell'uomo di ricercare la verità e di aderirvi - tuttavia si registra pacificamente anche un inadempimento di quest'obbligo da parte di ciascun individuo; ma, nel riconoscere questa libertà, sostiene che lo Stato, l'acconfessionalità dello Stato, non possa trovare fondamento nell'inadempimento di quest'obbligo.

Il che è certamente da condividere, ma è da condividere, simmetricamente, che lo Stato neppure possa porre a fondamento l'adempimento di quell'obbligo: né l'adempimento né l'inadempimento di quell'obbligo può presupporre a fondamento dello Stato. Quando, invece, si prende partito per una di queste opzioni, allora, credo, si registra, oggi come oggi, il punto di frizione tra una laicità di carattere pluralistico e una laicità orientata, favoritiva o esclusiva che sia.

Se si adotta il pluralismo come cifra della laicità si perviene ad una sorta di neo-separatismo (un sistema, cioè, non giurisdizionalista né agnostico ma riconoscente le organizzazioni religiose e non), che rappresenta un centro di convergenza, e a mio avviso anche di durata, anche con l'esperienza costituzionale americana. Un'osservazione, come anticipavo, su questo punto toccato criticamente dal prof. Margiotta: è vero, bensì, che quel Paese, com'egli ricordava, è popolato di università pontificie, dichiara anche sulle banconote di fare affidamento su Dio. Ma è vero pure che ha coltivato quell'*humus* pluralistico, che ha consentito alla sua Corte suprema di statuire già nel 1940 con la sentenza *Cantwell v. Connecticut* che in quel Paese hanno da convivere fedi, caratteri (utilizzava addirittura questo termine: "caratteri"), inclinazioni e culture diverse.

Questa è la grazia dell'America - l'*America's grace*, per riprendere il titolo del libro scritto recentemente (2010) da due autori come Putman e Campbell -, l'aver saputo far convivere e anzi mettere insieme religioni e culture, fedi e convinzioni non di fede. Ed a me è parso di cogliere un'assonanza del principio posto dalla *Cantwell* nella sentenza della Corte costituzionale, che riguardava tutto sommato un fatto marginale, la bestemmia, una sentenza del 1995 redatta da Gustavo Zagrebelsky (e in quella Corte c'era anche il nostro Mirabelli), in cui appunto si parla di un



Paese in cui hanno da convivere fedi e culture diverse: quasi una traduzione della sentenza americana.

In questo senso io penso che ci sia un'avvicinamento tra la laicità che noi cominciamo a vivere in Europa, che è quella del dialogo come recita l'art. 17 del trattato sul funzionamento della UE, e quella statunitense, anche se sappiamo che quel sistema è molto attento al fatto empirico e perciò magari può capitare - è capitato nel 2005 - che nello stesso giorno la Corte suprema dichiara monumenti raffiguranti i 10 comandamenti in un caso legittimo e in un altro no. Nella stessa udienza un giudice si sposta da una parte all'altra perché il contesto è diverso (il monumento era stato eretto da decenni per ammonire contro la delinquenza minorile e, quindi, con un *secular purpose*)! Ma, scontata la differenza dei sistemi giuridici, credo che insomma si registri un avvicinamento nel senso indicato.

4 - La laicità non può che essere pluralistica. Ineludibile in una società differenziata e polireligiosa. La prof.ssa Decaro ricordava prima il caso di Londra, con le proiezioni che danno i musulmani in pochi anni al 55%. Vorrei aggiungere anche un altro caso emblematico, di cui in questi giorni parlano le cronache: cioè per la prima volta è comparsa all'ingresso di Buckingham Palace una guardia reale, uno dei celebri Scotts, con una barba ben curata, la quale, invece del copricapo d'ordinanza, con quella pelliccia di orso piuttosto folkloristica, indossa un turbante: si tratta di un sikh e un sikh per motivi di carattere religioso non può essere obbligato a togliersi il turbante.

Già nell'88, quando nel Regno Unito era stato emanato il *Road Traffic Act*, si era consentito al sikh di guidare la moto senza casco, ma nel caso si poteva ritenere che erano fatti suoi, che si assumeva la responsabilità per la sua incolumità e che - anche se noi la pensiamo diversamente, visto che salute è un interesse della collettività secondo la nostra Costituzione - comunque era opportuno esonerarlo per motivi di fede religiosa. Esonerarlo ora dall'abbigliamento d'ordinanza, perfino se di guardia al palazzo dei Reali, è un riconoscimento pubblico che la dice lunga sul *trend* che si va delineando.

Sarebbe, così come stanno andando le cose, fuori contesto pensare ad una laicità che non sia pluralistica, che non cerchi di coniugare uguaglianza e diversità. Ma nell'attività corrente, ordinaria, di diritto comune, non necessariamente a seguito di convenzioni con le confessioni religiose. Il prof. Mirabelli s'è chiesto prima se in fondo l'esperienza della specialità concordataria e delle intese non abbia aperto all'evoluzione del



diritto comune. Domanda retorica, a mio avviso: penso anch'io di sì, la creazione di un diritto speciale ma comune alle confessioni credo che sia il portato storico dei concordati e delle intese. Però, a mio avviso, è finita la loro funzione, hanno dato quello che potevano dare nel bene (evoluzione del diritto comune) e nel male (privilegio delle confessioni con intesa e concordato rispetto a quelle senza e alle organizzazioni umanitarie non confessionali: v. l'otto per mille, su cui tornerò).

La legge comune, come dimostrano non solo il caso inglese ma anche una serie di disposizioni legislative italiane che si sono accumulate negli ultimi vent'anni, è capace di differenziare e di riconoscere a ciascuno il suo senza ricorrere a concordati e intese, magari facendo delle audizioni per cogliere le specialità e le specificità di ogni confessione. Se l'audizione è ammissibile - come ricordava prima Stefano Ceccanti a proposito dei testimoni di Geova, la cui delegazione è stata sentita in commissione parlamentare - perfino nel procedimento di approvazione dell'intesa (laddove, cioè, la delegazione non solo è stata sentita nelle trattative ma addirittura ha stipulato l'intesa), a maggior ragione lo è nel procedimento legislativo ordinario, laddove l'unilateralità è temperata frequentemente proprio dall'audizione dei destinatari della legge.

Nel libro ho evidenziato la valenza sul piano delle fonti di questa ed altre innovazioni procedurali, della cui importanza magari nei lavori parlamentari non ci si rende adeguatamente conto. In particolare, il fatto che le intese ultime siano state esaminate a seguito di iniziativa legislativa parlamentare, e non governativa, e approvate in sede di commissione legislativa, e non in aula, ne ha confermato, come sostenuto da una parte della dottrina, la natura di diritto interno e non di diritto esterno: anche per questo aspetto le intese, pur configurando un diritto speciale, sono state rese proceduralmente di diritto comune, non necessitanti di atti e procedure di tipo internazionalistico, come da qualche parte ipotizzato a scopo tuzioristico per equipararle ai concordati

D'altro canto, questo "discesa" verso il diritto comune viene simmetricamente compiuta, come pure ho osservato nel libro, dal concordato, o meglio dal nuovo accordo del 1984, le cui disposizioni, a differenza di quelle del concordato lateranense, trovano ostacolo non solo nei principi supremi ma in ogni norma costituzionale. La loro copertura, infatti, è garantita non dall'art. 7 ma dall'art. 117 della Costituzione: una valenza eguale a quella della convenzione europea dei diritti umani, né più né meno.

La laicità presa sul serio, insomma, si rivela un formidabile *start-up* per l'innovazione sul piano delle fonti tanto quanto degli stessi contenuti



della disciplina del diritto ecclesiastico. Ciò che rileva, dal punto di vista della laicità, non è tanto, ormai, la materia tradizionale racchiusa nel concordato e nelle intese, ancorché la giurisprudenza non manchi, per esempio, di porre argini, ponendosi in fondo da quel punto di vista, all'efficacia civile di sentenze di nullità ecclesiastica pronunciate dopo una prolungata convivenza. Rilevano, piuttosto, materie non concordatarie, nelle quali le confessioni religiose individuano valori non negoziabili e, quindi, da sottrarre alla procedura parlamentare, che, come diceva Kelsen, attraverso la sua tecnica dialettica fatta di discorsi e repliche, di argomenti e contrargomenti, tende al compromesso: si pensi alle unioni civili, ai matrimoni omosessuali o poligamici, ai trattamenti terapeutici di fine vita o a quelli di interruzione o implementazione della gravidanza, ai simboli religiosi negli spazi pubblici o al ricordato caso dell'abbigliamento.

5 - Sono questi i problemi attuali, come direbbe Jemolo, della libertà di religione e, al loro cospetto, il "vecchio" diritto ecclesiastico appare povero e arido, come negli anni trenta, già cioè poco dopo la firma dei patti lateranensi, appariva a Pio Fedele: utile sul piano professionale e pratico, ma con scarsa capacità di alimentare la scienza giuridica. Senza recepire i termini di quella polemica datata (aveva come termine di paragone il diritto canonico, da poco reintrodotta nei piani di studio universitari), il diritto ecclesiastico concordatario, e pattizio in genere, appare comunque fortemente ridimensionato, al più assomiglia al diritto sindacale rispetto al diritto individuale (e costituzionale) del lavoro: una parte rispetto al tutto, che nel nostro caso è il diritto pubblico delle religioni.

Questa nuova denominazione della branca del diritto pubblico, tradizionalmente conosciuta come diritto ecclesiastico, viene "battezzata" nel titolo stesso del libro e argomentata nell'introduzione. Il prof. Margiotta ha già sottolineato al riguardo la novità e la pregnanza del rapporto tra religione e cultura e davvero non c'è nulla da aggiungervi.

Semmai, sempre a proposito delle intese anche da lui evocate, osserverei che ormai ne abbiamo undici (se aggiungiamo l'accordo di revisione, le convenzioni sono dodici), che dettano pressoché la stessa disciplina. Scriveva Santi Romano nei "Frammenti di un dizionario giuridico" che ci sono delle norme che sono presentate come norme singolari, norme speciali, ma quando hanno una così ampia applicazione diventano sostanzialmente delle norme generali e dovremmo trattarle come tali.

Mi pare che questo sia il nostro caso. Se il riconoscimento della



forma di celebrazione del matrimonio religioso si ritrova in tutte le intese più l'accordo di revisione del concordato, davvero possiamo continuare a pensare che questo delle intese e dell'accordo sia un diritto speciale? Riprendo anche il cenno fatto prima all'otto per mille. Le disposizioni relative si trovano, quasi completamente negli stessi termini, in tutte le dodici convenzioni. Sono norme speciali, allora, o non sono espressive di una norma generale? Certo, la destinazione dell'otto per mille non è, confessione per confessione, esattamente la stessa. Ma si tratta, a mio avviso, di dettagli che non inficiano il principio comune che ne è alla base, che non impediscono che da quei frammenti si possa ricavare una norma di carattere generale, applicabile anche alle confessioni riconosciute come tali ma senza intesa: tali non per loro responsabilità, come nel caso dei Testimoni di Geova, esaminato anni fa dalla Corte costituzionale.

Il fatto che ancora adesso l'intesa con i testimoni di Geova sia rimasta al palo, che questi cittadini credenti facciano la parte degli ultimi della classe e stiano dietro la lavagna ancora una volta (almeno prima stavano in compagnia di induisti, ortodossi, buddhisti, ecc. ed era mal comune mezzo gaudio, ma ora sono davvero i soli), a me pare sul piano del processo democratico del nostro Paese una grossa contraddizione.

Allora, per formulare un auspicio in linea con la vocazione civile di questa ricerca, il compito della nuova legislatura dovrebbe essere proprio quello di affrontare il disegno di legge sulla libertà religiosa: visto che con le intese i testimoni di Geova, ma a maggior ragione i credenti di altre confessioni, non ce la fanno, si cerchi di estendere tutte le norme comuni, ancorché disseminate nelle varie intese, anche alle altre confessioni e – voglio aggiungere – alle organizzazioni di non credenti e agnostici (penso all'UAAR, al cui contenzioso pur si fa cenno nel libro): perché ci sono, ricordava giustamente Margiotta, ma ordinariamente ce ne dimentichiamo, come se non fossero parte di questo discorso mentre non si vede perché non debbano, in un disegno di legge di carattere generale sulla libertà di religione, essere considerate anche queste soggettività.

Il libro, com'è stato sottolineato da Mirabelli e un po' da tutti, si apre e si chiude con il dialogo: anche sull'esposizione del crocifisso la soluzione proposta è quella della mediazione e della sua prudenza, non una soluzione conflittuale che tenda necessariamente a rimuovere tutto ciò che sta nelle aule (altra cosa invece è non mettere crocifissi dove non ci sono, come stanno facendo provocatoriamente alcune amministrazioni locali). Sembra, questo, un atteggiamento del tipo di quello della comune di Parigi 1870, quando i rivoluzionari andavano in giro sparando a tutti gli orologi perché essi rappresentavano il tempo borghese e quindi bisognava fermarli



tutti, rimuovere quegli orologi in maniera violenta, per dare inizio al tempo nuovo.

Il saggio su Nicodemo, con cui si chiude il libro, ne è dunque la cifra, è un'icona del dialogo, consustanziale alla laicità pluralistica, che credo costituisca l'unica risposta non catastrofica ai conflitti del nostro tempo, la sola che può offrire una visione centrale e dare un significato coerente e non frammentato alle diversità culturali e religiose nello Stato costituzionale. È la "cosa grande" che sa il riccio, a differenza della volpe che sa molte cose, nella celebre interpretazione che dell'enigmatico frammento di Archiloco dà Isaiah Berlin.

Certo, alla stregua di quell'interpretazione appare preferibile la volpe, che si muove su molti piani, coglie una varietà di temi, senza tentare di ridurli ad un'unità immutabile, totalizzante, a volte fanaticamente totalitaria: insomma, è pluralistica. Ma se la cosa grande del riccio non è un valore unico e contrapposto agli altri, totalizzante e non negoziabile, ma è il dialogo stesso al fine dell'uguale rispetto di tutte le differenze, della dignità di ognuno che si esprime nell'essere uguale e diverso, il rischio della totalità svanisce: e, come dice Levinas, si garantisce la manifestazione dell'in-finito, che è in ognuno di noi.

ABSTRACT – On the essay by the author *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale* a debate was held at the Senate of the Republic. This paper is the transcription of the recorded reply to the speeches made in that debate and underlines the present problems of the freedom of religion from the point of view of the principle of laicity (that resembles a sort of new-separatism).