



### **Fortunato Freni**

(associato di Storia e sistemi dei rapporti fra Stato e Chiesa nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Messina)

## ***Soft law* e sistema delle fonti del diritto ecclesiastico italiano**

**SOMMARIO:** 1. La globalizzazione ed i conflitti di identità - 2. La unilateralità confessionale - 3. La unilateralità statale - 4. La bilateralità necessaria - 5. La definitività provvisoria di una specifica transazione - 6. La parlamentarizzazione - 7. Gli accordi derivati - 8. L'obiezione di coscienza - 9. La rilevanza ultranazionale dei diritti umani - 10. La giurisprudenza costituzionale - 11. I recenti contributi ad una moderna nozione di positività del diritto - 12. Il diritto ecclesiastico come strumento per l'intercultura.

### **1 - La globalizzazione ed i conflitti di identità**

Due fenomeni hanno contribuito a modificare gli assetti sociali delle moderne democrazie occidentali: l'immigrazione e la globalizzazione. La prima ha accentuato il pluralismo etico-religioso, apportando culture differenti da quelle autoctone; la seconda ha, per certi versi, operato in senso contrario, spingendo verso una omogeneizzazione culturale delle diverse aree del pianeta, contaminandole di una comune logica di mercato efficientista e tecnologicamente dipendente. Entrambi i fenomeni hanno prodotto, paradossalmente, gli stessi risultati: alcuni gruppi etico-religiosi - non riconoscendosi nello Stato-nazione, che non hanno contribuito a formare, e preoccupati che l'onda massificante della globalizzazione economica possa cancellare le impronte delle proprie radici spirituali - tendono sempre più ad incrementare la propria dimensione identitaria ed entrano in conflitto sia con le altre collettività assiologicamente qualificate, sia con gli enti territorialmente ed istituzionalmente definiti, come gli Stati e le comunità sovranazionali. Così, tanto i conflitti interreligiosi - causati da un risorto *odium theologicum* che oscura un non mai metabolizzato rispetto per l'altro - quanto le varie guerre sante - invocate e combattute contro Stati, organizzazioni interstatali e agenzie multinazionali, avvalendosi delle tecniche terroristiche - radicano tutti su ordinamenti particolari e personali promananti dalle appartenenze etico-religiose, cui i diversi gruppi si richiamano in quanto scaldano il cuore e motivano all'azione



più delle fredde leggi di mercato<sup>1</sup> o di quelle, avvertite come estranee, degli Stati.

Essendosi, pertanto, creata una coabitazione sullo stesso territorio di più «famiglie» culturali, la vita dell'intera società civile appare regolata oltre che dall'ordinamento giuridico anche da una serie, alquanto eterogenea, di atti di autodeterminazione, come statuti o codici di condotta, elaborati autonomamente dai molteplici gruppi di soggetti.

È evidente che il diritto della comunità politica non può rimanere ancorato ai propri paradigmi tradizionali per affrontare e risolvere le suddette questioni cruciali, anche perché ha già dimostrato l'inefficacia della sua azione quando ha voluto esprimersi in termini di superiorità o autorità, laddove ha viceversa ottenuto incoraggianti risultati quando ha mostrato di temperare la propria sovranità accordando, sia pur limitate, forme di rilevanza ai diritti personali di matrice religiosa o teo-diritti<sup>2</sup>. Mi riferisco all'esperienza antica ma costantemente in

---

<sup>1</sup> Cfr. **S. FERRARI**, *Religioni, Diritto e Conflitti sociali*, in *An. Der. Ecl. Est.*, 2007, 45. **G. MARRAMAIO**, *Cosmopolitismo della differenza. Il diritto dopo Babele*, in *Daimon*, 2008/8, 51, ritiene che il mondo sembri «dominato dagli effetti stranianti di una biologica, in virtù della quale alla struttura uniformante della tecnoeconomia e dell'Emporio globale fa riscontro una diaspora crescente delle identità, dei valori, delle forme di vita». Ed inoltre si chiede: «Non è forse il nostro mondo uniformato sempre più simile, come la Torre di Babele, a un compendio cacofonico di proliferanti e intraducibili idiomi?». Ed infine afferma (52) che nel mondo «la differenziazione procede di pari passo con l'uniformazione e le spinte centrifughe, autonomistiche e idiosincratice con l'omologazione tecnologico-mercantile degli stili di vita e di consumo». Su questi temi v., da ultimo, **AA.VV.**, *La coesistenza religiosa: nuova sfida per lo Stato laico*, a cura di G.B. Varnier, Soveria Mannelli, 2008, e **R. AUMANN**, *Razionalità, Cooperazione, Conflitto*, a cura di E. Minelli, Brescia, 2008.

<sup>2</sup> **S. FERRARI**, *Religioni, Diritto e Conflitti sociali*, cit., 45. Occorre, d'altra parte, stare attenti dal correre il «rischio di captazione e di strumentalizzazione da parte della comunità politica degli ordini normativi delle religioni messianiche e/o universaliste: la sterritorializzazione degli ordinamenti profani può anch'essa provocare un vuoto di senso tale da indurre a colmarlo con il ricorso a credenze e dogmi religiosi, siano essi quelli tradizionali, siano essi quelli prodotti dallo scientismo ateistico (o dal teismo scientifico), ultima astuzia della storia nei confronti dell'età tardo-post-moderna»: **S. BERLINGÒ**, *'Desacralizzazione' del diritto e itinerari canonistici del Novecento* (a proposito di *Itinerari culturali del diritto canonico nel Novecento*, a cura di C. Fantappiè, Torino, Giappichelli, 2003), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2005, 1380. Lo stesso A., *Alla riscoperta della laicità, in Europa*, in *Derecho y Opinion*, 2000, 263, aggiunge che «il diritto non si regge sulla sola comminazione di misure sanzionatorie, ma anche e principalmente sul riverbero sociale che giungono ad ottenere le sue qualifiche normative. Questa capacità di rifrazione e, ad un tempo, di riflessione sociale si appanna o sparisce del tutto nel momento in cui le determinazioni introdotte dalle norme, anziché risolversi in differenziazioni interne al sistema, conducono a radicalizzazioni estreme, in cui



evoluzione di stipulare concordati, intese, che richiamano norme di diritto canonico o di altri ordinamenti confessionali. La vigenza di tali diritti particolari negli ordinamenti statuali dà luogo al fenomeno dell'allargarsi di spazi di diritto personale, per molti versi nuovo nel contesto della storia del moderno diritto statale, essendo questo costruito su principi come quelli della territorialità e della eguaglianza di trattamento. Ecco allora che tale esperienza concordataria può divenire paradigmatica ben oltre l'alveo delle relazioni Stati-Confezioni, aiutando a trovare il giusto equilibrio fra diritto all'eguaglianza e diritto alla diversità, fra assimilazione e distinzione, attraverso la calibrata affermazione di ambiti di diritto personale all'interno di un ordinamento statale caratterizzato da valori, principi e norme comuni a tutti<sup>3</sup>.

Invero, man mano che tale situazione è andata radicandosi, facendo perdere al diritto ambiti di effettività, cioè di osservanza convinta da parte di molti cittadini, si è avvertita sempre più l'esigenza di accentuare la flessibilità e l'articolazione degli interventi atti a regolamentare le mutate dinamiche sociali. Si sono così sviluppate esperienze disciplinari relative a figure come le *authorities*, i comitati etici, gli organismi di autodeterminazione, gli ordini professionali, i tavoli di concertazione, etc., che, spesso attraverso la formulazione di pareri, direttive, raccomandazioni, intese, hanno dato vita ad una vasta e varia produzione regolativa non strettamente vincolante, in quanto non immediatamente produttiva di effetti giuridici, ma non irrilevante

---

l'inclusione in esse di un soggetto o di una categoria o di un gruppo di persone si traduce nella irrimediabile e definitiva esclusione o espulsione dell'altro».

<sup>3</sup> Cfr. **G. DALLA TORRE**, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica*, Roma, 2002<sup>2</sup>, 144 s. Che il tema *de quo* sia «caldo» ed attuale lo dimostra anche «l'irrisolta disputa tra fautori del predominio del diritto comune e fautori della dilatazione senza regole del diritto pattizio (fonte di consolidamento di vecchi privilegi, di introduzione di nuovi, di accesso "controllato" di nuovi soggetti)»: **G. CASUSCELLI**, *Le fonti (pattizie) del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in **AA.VV.**, *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di R. Botta, Napoli, 2006, 39 s. In proposito **G. BERTI**, *Stratificazioni del diritto e crescita del potere*, in *Jus*, 2004, 298 s., afferma che laddove le norme sono presentate in modo che vengano «osservate quasi per un obbligo naturale [...] è proprio in queste evenienze che il diritto esprime non tanto la cogenza quanto la sua profonda ragione d'essere come regolatore di vita pratica, come coerenza tra regola e comportamenti pratici, come razionalità dell'agire umano e come espressione scientifica di questa stessa razionalità. [...] Occorre far uscire dal proprio circuito e ripresentarlo come frutto alieno ciò che serve alla convivenza delle persone e ai rapporti fra esse. Sotto questo profilo allora si può soggiungere che la politica trova conferma della sua ragione d'essere proprio nel comportamento sociale, nel bisogno degli uomini di rispecchiare le loro relazioni in espressioni simboliche».



per la giuridicità. Si tratta di discipline leggere, fluide, elastiche, duttili, flessibili, che intervengono in maniera più morbida nel rispondere ai nuovi problemi posti dalla complessità degli assetti sociali. «Tali fenomeni, invero, segnano un mutamento del modello di regolazione: non più centrato su norme rigide, che si impongono alla generalità dei cittadini, e su fattispecie analitiche, ma attento all'esigenza di fare della normazione uno strumento capace di adattarsi a dinamiche sociali, economiche, tecnologiche in continuo cambiamento, nonché idoneo a tener conto dei vari interessi in gioco, e volto ad orientare il comportamento dei soggetti, senza costringerli a tenerne uno specifico, indirizzandoli invece, per molti versi, al conseguimento di determinati obiettivi»<sup>4</sup>. Questa versatilità dello strumentario giuridico conduce a qualificare il diritto non solo in base al tradizionale profilo *hard*, cioè autoritativo, cogente, coercibile, ma anche in base al nuovo connotato *soft*, cioè di insieme di norme che, pur non avendo la rigidità delle leggi, essendo senza vincolo né sanzione, vengono comunque applicate dagli operatori del diritto divenendo così efficaci, anzi risultando dotate di maggiore effettività delle stesse norme legislative. «All'interno di questa dinamica, accentuata dai processi di globalizzazione, che instaurano rapporti multiformi e dialettici tra diversi produttori di diritto (pubblici e privati; statali, sovrastatali, infrastatali) e tra elementi formali ed informali, la giuridicità perde i connotati *hard*, propri della tradizione statualistico-positivistica, i cui tratti caratterizzanti sono rappresentati dal nesso esclusivo con la sovranità, dalla verticalità del suo assetto, da una configurazione di tipo normativistico»<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> **B. PASTORE**, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e Diritto*, 2003, 8. «Il complesso reticolo della "giuridicità" non si limita alla sola ideologia normativa (cioè alle "fonti") alle quali i giudici si sentono vincolati [...], ma comprende i valori giuridici elaborati dai singoli consociati, i quali, oggettivandosi, a lor volta, per i canali che lo stesso ordinamento lascia aperti, influenzano l'attività di coloro che, negli eventuali conflitti, sono chiamati ad applicare le "ideologie normative" [...] comunemente ritenute "valide"»: **E. PARESCE**, voce *Fonti del diritto (filosofia)*, in *Enc. Dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, 895 s., citato da **G. CASUSCELLI**, *Dal pluralismo confessionale alla multireligiosità: il diritto ecclesiastico e le sue fonti nel guado del post-confessionismo*, in **AA.VV.**, *Multireligiosità e reazione giuridica*, a cura di A. Fuccillo, Torino, 2008, 74 s. Casuscelli aggiunge che «il mondo del lavoro e dei servizi segnala, infatti — accanto ad episodi di xenofobia e odio religioso, minoritari ma da non trascurare — come molte aziende, imprese, famiglie hanno saputo "reagire" alla multireligiosità delle lavoratrici, dei lavoratori, degli utenti offrendo risposte adeguate di tutela e garanzia delle diversità, destinate a trovare una prima normazione di riferimento nei contratti di lavoro, nei contratti di servizio, nei codici di comportamento e di autodisciplina».

<sup>5</sup> **B. PASTORE**, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., 9. Sulla crisi di sovranità innescata dalla globalizzazione v., fra gli altri, **G. D'ANGELO**,



Facendo, pertanto, tesoro di questa nuova e recente esperienza regolativa, il presente contributo vuol essere un incentivo a rendere gli strumenti giuridici più idonei a disciplinare le sempre nuove e specifiche istanze provenienti dagli articolati ed eterogenei contesti sociali. Appare, infatti, sempre più condivisa l'opinione che solo attraverso interventi regolatori più duttili, leggeri, fluidi, dialogici, trasparenti, flessibili, che rifiutino l'ossificazione<sup>6</sup>, ossia che siano privi di pesanti ingessature normative, «sarà possibile vincere la sfida mossa agli odierni regimi democratici dall'estrema libertà della coscienza, una libertà "ultima", non in senso cronologico bensì "escatologico", al punto di comportare il rischio dell'autodistruzione, ossia della dissoluzione stessa del diritto in un sublime quanto incomponibile caos di etiche fra loro non comunicanti e del tutto isolate: l'"ultimo" (nel significato di apicale) diritto in senso soggettivo potrebbe operare da detonatore per una eterogenesi dei fini, propiziando il salto nel buio verso un "ultimo" (questa volta inteso nell'accezione temporale) diritto in senso oggettivo, verso la fine del diritto orientato a giustizia, verso l'irruzione del diritto (soggettivo-oggettivo) del più forte»<sup>7</sup>.

---

*Regolamentazione giuridica del fenomeno religioso e crisi di sovranità: spunti problematici dalle più recenti decisioni della Corte Suprema statunitense in tema di clausola di separazione, in Diritto e Religioni, 2006/1-2, II, 707 ss., anche nelle note 1-19, e che, fra l'altro, afferma (709): «a venire decisamente meno è la praticabilità stessa di un approccio rigidamente positivista, legato ai postulati dello statalismo giuridico, fonte a sua volta di un diritto che si pretenderebbe statico ed immutabile». Ed ancora A. FUCCILLO, La multireligiosità tra possibile "normazione" ed ipotetica "autonormazione", in Multireligiosità e reazione giuridica, cit., 268, sostiene essere, «infatti, sempre più diffusa l'idea che, oramai, è assolutamente riduttivo riferire al solo diritto positivo l'interesse del giurista ma, proprio per risolvere i problemi sollevati dal multiculturalismo religioso e dalle condotte più varie che ne derivano, estendersi verso l'esame e la utilizzazione di fenomeni normativi non tradizionali (ad es. la cd. soft law), a base convenzionale, cioè ad adesione volontaria. Questa, può forse rappresentare quell'utile strumento giuridico (a volte fortemente ricercato) con il quale tentare di risolvere molte delle tensioni sociali derivanti da tale complessa società, ove la globalizzazione economica spinge sempre più verso l'accentuazione di diversità in misura proporzionale e progressiva alla riduzione delle distanze fisiche ed economiche».*

<sup>6</sup> Cfr. B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., 6. In proposito S. BERLINGÒ, *Diritto interculturale: istruzioni per l'uso di un ecclesiasticista-canonista*, in *Daimon*, 2008/8, 46, afferma: «l'ecclesiasticista-canonista in quanto giurista è in grado (deve essere in grado) non solo di denunciare (correttamente) che la legge "non è più la casa dell'uguaglianza", ma altresì può (e deve) precisare che la stessa "legge", in quanto prescrizione generale ed astratta, non è più l'unica casa della norma, contribuendo ad individuare, in positivo, nuovi tipi di epifanie normative. Perché della norma il diritto, in ogni caso e ad ogni latitudine, non ha mai fatto, né potrà mai fare a meno».

<sup>7</sup> S. BERLINGÒ, *L'ultimo diritto. Tensioni escatologiche nell'ordine dei sistemi*, Torino, 1998, 3. A. FUCCILLO, *La multireligiosità tra possibile "normazione" ed ipotetica*



Il richiamo della libertà di coscienza consente di constatare che proprio al diritto ecclesiastico è possibile attribuire la capacità di anticipare la configurazione di connotati che diverranno poi tipici di tutto il diritto oggettivo. Invero, le problematiche afferenti alla libertà religiosa hanno sempre consentito di sperimentare con largo anticipo spazi e forme di giuridificazione delle altre libertà, solo successivamente riconosciute e positivizzate a partire dal costituzionalismo moderno per arrivare alle grandi dichiarazioni universali o sovranazionali<sup>8</sup>.

Così, per esempio, proprio i rapporti Stato-Chiesa si sono forgiati in termini essenzialmente concordatari, in quanto, constatando la inane gestione monopolistica delle *res mixtae* da parte di una qualunque delle due autorità (v. i fallimenti del cesaropapismo e della teocrazia), entrambe hanno preferito o accettato di risolvere i problemi connessi alle interrelazioni fra ordine temporale e ordine spirituale attraverso una disciplina transattiva che potesse consentire una soddisfacente realizzazione dei rispettivi interessi. Si è trattato, in definitiva, di un

---

*“autonormazione”*, cit., 271, sottolinea «come proprio attraverso la cd. *soft law*, si può adeguatamente contrastare la politica relativistica della esportazione della “normativa del più forte”, ed ove il riconoscimento dei diritti fondamentali assume, a seconda del contesto ove si sviluppa il dibattito, la connotazione più appropriata ed adeguata ai tempi ed ai luoghi».

<sup>8</sup> In proposito **G. DALLA TORRE**, *Noterelle in tema di bioetica e diritto*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 1997/3, 638, afferma che l'ecclesiasticista è «il giurista che approfondisce lo studio delle società pluralistiche e complesse proprio sotto il profilo della diversità di tavole valoriali, etiche e religiose. L'ecclesiasticista in altre parole è, nel mondo dei giuristi, colui che più degli altri, per ragioni strettamente attinenti alla propria disciplina, ha dovuto confrontarsi con il problema della pluralizzazione per rapporto alle esigenze dell'unità del diritto; ha dovuto pensare a strumenti giuridici capaci di garantire la pacifica convivenza; ha dovuto elaborare conseguentemente concetti, categorie, istituti, regole, atti a permettere il governo della diversità, nel rispetto della libertà, dell'eguaglianza e al tempo stesso dell'identità di ciascuno, individuo o gruppo sociale». Nel diritto ecclesiastico, «infatti, svolgono un ruolo centrale credenze e convinzioni spirituali che si misurano e si confrontano nella trama sempre più ispessita ed intricata delle fedi, dei valori, dei fini ultimi che concorrono a dare corpo ai “diritti inviolabili dell'uomo” (art. 2 Cost.) ed al “progresso ... spirituale della società” (art. 4 Cost.). Credenze e convinzioni che, in nome di fedi, valori, e fini ultimi, ed in nome della dignità stessa della persona, e della sua inviolabilità, rivendicano spazi di libertà più ampi che per il passato»: **G. CASUSCELLI**, *Il silenzio, il conformismo e ... il diritto ecclesiastico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, (www.statoechiese.it), dicembre 2008, 1 s. Cfr. **M. VENTURA**, *Grillo parlante o Pinocchio? Come sta nascendo il diritto ecclesiastico dell'Italia multiculturale*, in *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., 192, che, individuando due ruoli del diritto ecclesiastico, raffigurati rispettivamente con l'immagine del grillo parlante e con quella di Pinocchio, ritiene quest'ultimo capace d'incidere lasciando «la realtà libera di farsi senza il peso di una narrazione che denunci e legittimi».



temperamento della propria autorità, di un'acquiescenza dell'uso di strumenti di forza, per far valere le «armi» della pazienza e della diplomazia sia pur, a volte, in lunghe ed estenuanti trattative.

Oggi, più che mai, uno Stato che ha costituzionalmente messo da parte velleità totalitarie e che, quindi, si è proclamato laico, non può ergersi ad educatore coniano una propria etica, né può fare sua una particolare visione del mondo, ma deve lasciare che le varie comunità presenti sul suo territorio possano realizzare e nutrire le proprie identità, nel rispetto delle altre e della «casa comune» che le ospita (principio di *distinzione* degli ordini)<sup>9</sup>. Oltre a controllare che tale rispetto sia effettivamente osservato da tutti, badando di non consentire situazioni privilegiate o discriminanti (principio di eguale libertà delle credenze), lo Stato deve attingere da questo enorme e variegato patrimonio culturale (*complementarità*) per mantenere vive le coscienze ed aggiornare la propria tavola di valori giuridici, dopo una saggia e delicata opera di declinazione dei valori etici particolari in una prospettiva accettabile da tutti.

Questi meccanismi - al di là dei due inderogabili (*hard*) principi di separazione degli ordini e di eguale libertà delle agenzie di senso - mi sembrano contrassegnati da connotazioni (*soft*) di estrema duttilità, apertura, flessibilità, perché proprio nelle interrelazioni fra ordini complementari e distinti come quello politico e quello etico non ci si può ispirare a criteri di superiorità, di scontro «a muso duro», di intransigenza, ma, al contrario, a parametri di coordinazione, parità, collaborazione, mutuo rispetto, concertazione, buona volontà.

## 2 - La unilateralità confessionale

---

<sup>9</sup> In proposito S. BERLINGÒ, *Diritto interculturale: istruzioni per l'uso di un ecclesiasticista-canonista*, cit., 43 s., afferma che «il plesso di studi e di insegnamenti» «afferenti al settore scientifico-disciplinare IUS/11 "Diritto canonico - Diritto ecclesiastico"» «si è fatto e continua a farsi apprezzare come presidio dell'indefettibilità di un'*actio finium regundorum* fra le pretese totalizzanti della politica e le rivendiche categoriche delle chiese e di tutte le "agenzie" che, come le chiese, si attribuiscono una competenza esclusiva circa le "ultime" questioni dell'esistenza umana». Lo stesso A., *'Desacralizzazione' del diritto e itinerari canonistici del Novecento*, cit., 1382, aggiunge che «ove la politica, dal canto suo, pretendesse di essere assolutamente autoreferenziale e di dare totale prevalenza al proprio punto di vista, anche nell'ordine profano ed immanente della esperienza, perverrebbe ad una incongrua teologizzazione o sacralizzazione del suo modo di essere». Sui rapporti fra politica e religioni cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Cristianesimo, libertà, democrazia*, a cura di M. Nicoletti, Brescia, 2007, e P. VALADIER, *Détresse du politique, force du religieux*, Paris, 2007.



Prima di addentrarci negli specifici schemi che inquadrano la disciplina dei rapporti fra Stato e Confessioni in un ambito caratterizzato soprattutto da *softness*, leggerezza, elasticità, condivisione, definitività provvisoria, originalità, occorre soffermarsi sui due rispettivi ambiti di vigenza delle qualificazioni normative proprie dei due ordini, per verificare se anche in essi è possibile scorgere gli estremi di questa originale modalità *soft* di produzione del diritto.

Così, in primo luogo, la Costituzione riconosce alle Confessioni un diritto di organizzarsi secondo i propri statuti in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano (art. 8, 2° comma, Cost.). Tale diritto si esercita non solo nel campo esclusivo delle Confessioni, cioè nell'ordine spirituale - non essendo in questo più ammissibili intromissioni cesaropapistiche del potere politico, né coartazioni delle coscienze individuali (intimi convincimenti) -, ma anche nell'ordine dello Stato, sia pur attraverso comportamenti di tipo religioso (per esempio riti). Invero, «non avrebbe senso riconoscere in modo radicale la libertà di ogni fede ad essere se stessa nel proprio "ordine", senza permettere a questa libertà di tradursi, nei modi più consentanei alla radicalità di quel riconoscimento, sul piano di rilevanza dell'ordine giuridico generale, pur nel rispetto del limite di sovranità dello Stato. Solo così una identità personale e sociale acquista pienezza di rilievo nel contesto di un sistema democratico e pluralista, che, assecondando il completamento di tutte le libertà, si proponga di dare compiutezza al proprio insieme»<sup>10</sup>. Con riferimento a questo secondo ambito, quindi, lo Stato rinuncia a determinare unilateralmente o autoritativamente ogni aspetto della vita dei suoi cittadini, lasciando alle loro organizzazioni etico-religiose la libertà di elaborare norme personali che ne regolino l'appartenenza in base a precise connotazioni identitarie (unilateralità confessionale). Ciò significa che i cittadini/fedeli possono comportarsi, anche come *cives*, in base ai precetti religiosi senza che lo Stato, di regola, frapponga ostacoli a questa libertà costituzionalmente sancita: mi sembra un atteggiamento di grande rispetto per le convinzioni personali. Uno Stato, infatti, che, definendo laico il suo ordine, consente proprio in questo l'esplicazione di flussi di energia normativa provenienti dagli ordini spirituali, e quindi, in quanto tali, personali o particolari, si dimostra sensibile e

---

<sup>10</sup> S. BERLINGÒ, *Fonti del diritto ecclesiastico*, in S. BERLINGÒ, G. CASUSCELLI, S. DOMIANELLO, *Le fonti e i principi del diritto ecclesiastico*, Torino, 2000, 7.



presta grande considerazione verso gli aspetti etico-religiosi della persona umana.

Ma, questo atteggiamento di accoglienza, apertura, accettazione di comportamenti dei propri cittadini, promananti da valori fondati sulle variegate loro appartenenze spirituali, trova dei punti fermi, duri, *hard*, laddove tale risvolto positivo dell'autonomia statutaria leda altri valori costituzionalmente determinati. Invero, quando condotte dei fedeli, sia pur in ottemperanza di norme statutarie confessionali, dovessero violare pari diritti costituzionali, lo Stato interverrebbe per reprimere tali comportamenti considerati riprovevoli alla luce dei valori giuridici sanciti nella propria tavola fondamentale. Si badi: qui non è in atto uno scontro totale fra due scale di valori, per cui il padrone di casa, avvalendosi della sua posizione dominante, priva l'ospite della possibilità di nutrire in cuor suo e di annunciare qualunque valore diverso dai propri, quindi essenzialmente di lasciare fuori dalla porta il personale codice etico se vuole rimanere suo ospite. Si tratta solo di impedire comportamenti che dovessero risultare invadenti o indecorosi, e/o comunque irrispettosi delle più importanti regole vigenti in quella casa che dà ospitalità<sup>11</sup>. Quindi, già in questo primo ambito di rilevanza civile delle norme confessionali notiamo un saggio rapporto fra posizioni di tolleranza, *soft*, e punti fermi, *hard*: l'efficacia degli statuti nell'ordine politico è piena ed immediata solo nella misura in cui le condotte in essi ispirate non ledano valori costituzionali pari a quello dell'autonomia confessionale, anche se tali valori risultino estrinsecati non solo da leggi o regolamenti ma anche da fonti inferiori quali gli ordini<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Per rappresentare tale situazione mi viene in mente un esempio: se un ospite, prima di iniziare a pranzare, si fa il segno della croce e/o recita una breve preghiera, non credo che il padrone di casa possa obiettare alcunché; ma se l'ospite, impugnando un aspersorio, pretende, senza chiederne il consenso, di benedire commensali e vivande, magari facendo cadere alcune gocce di liquido «sacro» su persone e pietanze, credo che un tale comportamento possa essere legittimamente impedito o, quantomeno, stigmatizzato. Peraltro, sulla distinzione fra «diritto di ospitalità» e «diritto di visita» di cui sarebbero titolari gli stranieri v. **S. BERLINGÒ**, *Alla riscoperta della laicità, in Europa*, cit., 264 in nota 20.

<sup>12</sup> «Infatti, l'autonomia confessionale viene in rilievo come un valore garantito e tutelato dalla Costituzione; per tanto, in mancanza di un espresso riferimento a limiti determinabili per legge, le manifestazioni di questa autonomia non possono essere circoscritte dalla mera ricorrenza di norme cogenti o imperative; e neppure possono essere paralizzate da leggi penali di segno contrario, come si ricava dal confronto instaurato con l'art. 18 della Cost., in sede dottrinale (e, indirettamente, anche dalla giurisprudenza); né possono essere obliterate da qualsiasi altra espressione di sovranità. Le estrinsecazioni dei poteri di supremazia statali potranno prevalere sull'autonomia delle Confessioni solo che concorrano a specificare o concretizzare



Sembra opportuno precisare in questa sede che, per quanto gli statuti confessionali non siano tradizionali fonti del diritto, essendo atti di autonomia, ciò non toglie che possono produrre nell'ordine dello Stato effetti giuridici innovativi negli spazi lasciati vuoti da norme cogenti ed a far data dal perfezionarsi delle forme pubblicitarie adeguate alla loro natura (registrazione o solennità equivalenti). Anche questi ultimi aspetti sembrano confermare l'inquadramento di alcuni tratti degli statuti confessionali nel nuovo ambito della giuridicità che stiamo esplorando in queste pagine: il *soft law*. In proposito c'è una vicenda concreta che può essere addotta a sostegno di questa tesi: la novazione dello statuto dell'ebraismo italiano. Il vecchio statuto, pur vigendo la Costituzione repubblicana, era incapsulato nel R.D. n. 1731 del 1930; quindi promanava da un atto autoritativo (*hard*) dello Stato, nonostante l'art. 8 Cost. avesse sancito il diritto delle Confessioni di organizzarsi autonomamente. La successiva elaborazione del nuovo statuto, ex art. 8, 2° comma, Cost., però, non avrebbe avuto la forza di abrogare il R.D.; così, dopo che lo statuto è stato depositato presso il Ministero dell'interno, ex art. 19 dell'Intesa con l'Unione delle Comunità Israelitiche Italiane<sup>13</sup>, si è solo prodotto l'effetto di surrogare il nuovo organo rappresentativo della confessione ebraica, l'Unione delle comunità ebraiche italiane, al vecchio organismo di governo degli ebrei, l'Unione delle comunità israelitiche, che ha stipulato l'Intesa con lo Stato ex art. 8, 3° comma, Cost.<sup>14</sup>. Tutto ciò in virtù di un richiamo

---

(altri) valori sanciti da norme della Costituzione, e quindi meritevoli di tutela al pari di essa»: **S. BERLINGÒ**, *Fonti del diritto ecclesiastico*, cit., 9.

<sup>13</sup> Si tratta di un effetto prodromico dell'Intesa, che ha cioè prodotto prima del suo recepimento in legge, ed esattamente l'effetto costitutivo d'incidere «sulle modalità di deposito (una sorta di registrazione) dello Statuto dell'ebraismo italiano, che, come si è ricordato, è stato di fatto adottato e depositato (presso il Ministero dell'Interno, vincolato a riceverlo), prima della traduzione in legge dell'Intesa»: **S. BERLINGÒ**, *Fonti del diritto ecclesiastico*, cit., 31. In proposito, l'A., *ibidem*, 31, ritiene che il fatto che le intese producono «un'efficacia obbligatoria (costituzione, estinzione, conferma di precisi vincoli per i pubblici poteri) autonoma rispetto ad un qualsiasi seguito normativo [...] giustificerebbe la proposta intesa a stabilire una specifica forma di pubblicità per gli accordi con le Confessioni, in sé e per sé considerati, non risultando adeguate le soluzioni varie e contingenti sinora poste in essere». Va segnalato in questa sede che, «in ambito internazionalistico, sono raccolte nella categoria del *soft law* [...] quelle norme non ancora produttive di effetti giuridici, in quanto contenute in accordi non ancora entrati in vigore»: **B. PASTORE**, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., 7.

<sup>14</sup> «Solo così è dato, infatti, spiegarsi come una legge approvata con il titolo di "Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane", possa, in realtà, avere recepito nel nostro ordinamento, per quanto si ricava dall'allegato, l'Intesa tra la Repubblica italiana e l'Unione delle Comunità israelitiche italiane (sulla base di uno scambio di note, che può essere stato giustificato e



contenuto nell'Intesa all'art. 34, ove era precisato che solo «successivamente al deposito di detto Statuto ... il Governo presenterà al Parlamento apposito disegno di legge di approvazione della medesima, alla quale sarà allegato il testo dell'Intesa». Il nuovo statuto, poi, è entrato *in toto* in vigore con la legge n. 101 del 1989 di recezione dell'Intesa, avendo tale legge l'efficacia di abrogare il R.D. Ma è soprattutto il predetto effetto di surroga imputabile al deposito dello statuto che può apparire una forma originale, *soft*, di produzione del diritto, in quanto modifica la situazione precedente, normativamente fissata, senza le ingessature tipiche promananti dal tradizionale principio gerarchico delle fonti, sia pur nell'osservanza di quel minimo *standard* garantistico costituito dalla registrazione presso la sede ministeriale, che peraltro non sembra rappresentare di solito una condizione sufficiente a produrre diritto (*hard law*). Gli statuti confessionali, pertanto, indossano, a volte, le vesti di una fonte atipica, e, paradossalmente, *l'atipicità* è un connotato *tipico* del *soft law*.

### 3 - La unilateralità statale

Questa stessa connotazione di *mix* fra livelli *soft* ed *hard* del diritto sembra in qualche modo segnare anche lo speculare ambito di rilevanza tipico dell'identità dello Stato, cioè della sua laicità: l'ordine temporale. Pur assecondando una laica intonazione, lo Stato non rinuncia del tutto ad esprimersi sul fattore etico-religioso, essendo questo anche uno degli aspetti sociali della vita umana che il diritto è chiamato a regolare (unilateralità statale).

A differenza di quanto è avvenuto nel passato - quando lo Stato autoritario prerepubblicano limitava fortemente il diritto di libertà religiosa dei culti minoritari attraverso normative legislative e regolamentari (*hard law*) che, purtroppo, in parte sopravvivono (incomprensibilmente) alla rifondazione democratica del 1948 -, oggi, lo Stato pluralista non può più discriminare le varie Confessioni religiose o le diverse scuole di pensiero. Ecco allora che il Parlamento, direi quasi «in punta di piedi» (forse troppo, visto che ancora non è riuscito a legiferare su tale fattore) per non turbare una sfera così delicata ed intima della personalità umana, si fa promotore di una disciplina unilaterale che garantisca a tutti, fedeli e non, individualmente e collettivamente, l'esercizio della libertà di coscienza. Questa è un diritto

---

legittimato solo da una previa entrata in vigore delle *nuove* norme statutarie [...])»: S. BERLINGÒ, *Fonti del diritto ecclesiastico*, cit., 12.



umano fondamentale che spetta all'uomo in quanto tale e che nessuna autorità può ledere, né lo Stato né una Confessione, e neanche altri gruppi o singoli individui. Ma, se non compete allo Stato (o ad altri) attribuire (costituire) tale diritto, non è esclusa la possibilità per l'autorità legislativa di dettare generali modalità di esercizio di questo diritto, per renderlo concretamente fruibile a tutti e per contemperarlo con gli altri diritti di libertà (diritto comune). Quindi, si tratta di un intervento statale generico e non specifico, che, operando esclusivamente sul piano temporale, non invade arbitrariamente il tempio della coscienza. In ogni caso è un intervento minimale e sufficiente, che si limita cioè a garantire ad ognuno, indipendentemente dal proprio orientamento etico (religioso, ateo, agnostico o altrimenti fondato), una *égalité des chances* nell'orientare la propria vita in base alla scala di valori scelta o autoelaborata.

Peraltro, anche in questa sede, ad un intervento giuridico minimo (*soft law*), che non intende né può intromettersi nei dettami provenienti dalla coscienza individuale o dalle agenzie di senso, si accompagna un irrigidimento (*hard law*), perché occorre garantire il valore della persona umana pure dalle aggressioni che potrebbero derivare non solo da enti pubblici o soggetti privati ma anche dalle stesse Confessioni o altri gruppi religiosi. In altri termini, una normativa unilaterale sulla libertà religiosa non solo dovrebbe evitare nell'ordine temporale discriminazioni o danni per via della personale scelta etica, ma dovrebbe altresì assicurare che i soggetti protagonisti dell'ordine spirituale non ledano i diritti inviolabili dei cittadini, per esempio, rendendo coattiva la permanenza degli adepti nella loro organizzazione o sottoponendo gli stessi fedeli a mortificanti prestazioni personali e materiali o a ingiustificabili limitazioni della libertà o, ancora, ad illegittimi provvedimenti disciplinari<sup>15</sup>. Né questa

---

<sup>15</sup> V., da ultimo, **R. BOTTA**, *Valore costituzionale della persona e limiti di sindacabilità del potere disciplinare delle autorità confessionali*, in *Giur. Merito*, 2007, 3175 ss., in specie 3179 ss., nonché, in sede giurisprudenziale, Cass. pen., sez. V, n. 48350 del 2008, che nega la natura religiosa ai riti vudù, ritenendoli, fra l'altro, condotte idonee ad indurre in stato di schiavitù, e Cass. pen., sez. VI, n. 48300 del 2008, che non attribuisce alcuno sconto di pena alla persona islamica, residente in Italia, che maltratta la moglie adducendo di appartenere ad un diverso contesto culturale. Secondo **R. BALBI**, *Diritto ed esigenze di una società multiculturale e multireligiosa: premesse introduttive*, in *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., 33, «tenendo, poi, conto che tra il diritto penale e quello civile non c'è una parete invalicabile, non appare superfluo volgere lo sguardo ai rapporti privatistici, ad esempio nei casi in cui il soggetto agisca a favore di gruppi ed aggregazioni religiose nell'ambito della propria sfera patrimoniale. Se appare necessario non imbrigliare la libertà volitiva dei singoli, però, a mio avviso, non possono non essere previsti limiti proprio per evitare comportamenti lesivi della



tutela individuale può essere assicurata attraverso il ricorso alle intese, perché a tale istituto (come si vedrà più avanti) possono ricorrere solo le Confessioni religiose e non i singoli. Anzi, diventa vieppiù necessario per l'ordine dello Stato avere una legge unilaterale sulla libertà religiosa se s'incrementa l'uso di specifiche pattuizioni che attribuiscono in quell'ordine, sia pur equilibrati e congrui, ambiti di rilevanza agli statuti confessionali.

Va, quindi, stigmatizzata la perdurante inerzia del legislatore nel realizzare un intervento normativo così importante che, segnando decisamente i tratti somatici della laicità repubblicana, «sembra avere stabilizzato il “paradosso della riforma dovuta e temuta”»<sup>16</sup>.

---

personalità intellettuale dell'adepto, che l'organizzazione religiosa o pseudo-religiosa potrebbe essere tentata di porre in essere». Dal canto suo **F. VECCHI**, *La «reazione giuridica» alla multireligiosità: sintesi tra momento formale e naturale del diritto*, in *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., 427, afferma che «l'adozione di una legge generale sui culti sembra oggi l'orientamento comune, giacché sollecita un più impegnativo aggiornamento del diritto confessionale, non più prevalentemente rappresentato da normazioni di origine negoziata (Concordati, Intese con confessioni acattoliche) ma da disposizioni di origine unilaterale. Ad essa concorre la sostanza normativa dei diritti soggettivi (cui si associano la categoria dei “diritti umani”, il significato metagiuridico della “persona umana”), non meno che i concetti giuridico-filosofici con addentellati fideistici (carità, dignità umana, moralità, solidarietà, giustizia)». In questa sede mi sembra opportuno segnalare, altresì, sul tema del rapporto fra diritto e carità, **M. CASCAVILLA**, *Il diritto insufficiente e necessario*, Torino, 2003, nonché **S. BERLINGÒ**, *Giustizia e carità nell'economia della Chiesa. Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Torino, 1991, in specie il Capitolo Primo della Parte Prima intitolato *Dalla «giustizia della carità» alla «carità della giustizia»*, 3 ss.

<sup>16</sup> **G. CASUSCELLI**, *Le fonti (pattizie) del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 41, anche in nota 8. Cfr. **E. VITALI**, *L'evoluzione del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. Eccl.*, 2007, I, 36 s.: «Per quanto riguarda l'attività legislativa nella nostra materia, si deve rilevare la incapacità, anche qui, da parte del Parlamento di pervenire ad una legge sulla libertà religiosa. Taluno oppone alla sua emanazione l'idea che per le confessioni di minoranza sarebbe sufficiente la possibilità del ricorso alle intese. Francamente non mi sembra una grande idea, solo ove ci si soffermi a considerare che a tutt'oggi non vi è una legge che disciplini i procedimenti per la stipulazione delle intese, sicché, per quel che riguarda l'iniziativa del procedimento, si è nel campo della più totale discrezionalità politica. Aggiungasi che, di fronte ad intese già stipulate, sussistono grandi difficoltà di pervenire alla legge di approvazione. Non solo, ma le confessioni acattoliche prive di intesa sono ancor oggi sottoposte alla legge del 1929 sui culti ammessi, che è legge illiberale, emanata sulla base di una situazione assolutamente diversa dall'oggi e in contrasto con l'attuale Costituzione materiale. Infine, per venire al punto centrale della questione, bisogna porre in luce che, tutelando le intese prevalentemente il fenomeno religioso collettivo, si finirebbe con l'ignorare l'aspetto della libertà religiosa individuale, perché non si può pensare che ad un soggetto spettino diritti individuali solo in dipendenza del fatto della sua appartenenza ad una confessione. Se così fosse,



#### 4 - La bilateralità necessaria

Dopo aver trattato i due settori del diritto ecclesiastico cosiddetti unilaterali (confessionale e statale), resta da considerare il poderoso e storicamente affermato ambito di rilevanza dei rapporti fra ordine civile e ordine spirituale, cioè quello spazio che non può essere occupato solo dall'autonomia delle credenze religiose né solo dalla sovranità del temporale. Abbiamo detto che i cittadini possono, per Costituzione, orientare liberamente anche *in civitate* le loro condotte ispirandole alle proprie convinzioni spirituali (autonomia confessionale: *soft law*) fino a quando non ledano l'ordine generale dello Stato (*hard law*), ovvero sia altri valori costituzionali che, essendo altrettanto tipici dell'identità statale, non appaiono *prima facie* contemperabili con una norma od un principio che nasce in un ordine diverso e caratterizza l'identità di una particolare comunità religiosa.

Ma, a ben vedere, questo stesso atteggiamento *hard* dello Stato può essere a sua volta ammorbidito laddove i due valori costituzionali, assunti immediatamente come contraddittori, appaiono, ad un esame più sereno ed approfondito - condotto tra i soggetti esponenziali dei rispettivi interessi (governo e rappresentanza confessionale) -, entrambi compatibilmente concretizzabili, sia pur rinunciando ad una loro completa realizzazione (art. 8, 3° comma, Cost.). Con tale limitazione lo Stato, peraltro, «non abdica, in via di principio, alla tutela di valori assunti come indisponibili, e quindi come non negoziabili; semplicemente esplora la possibilità di pervenire ad una specificazione di questi valori *diversa* da quella formulata o formulabile autoritariamente (unilateralmente), ma *non* (per il fatto solo di essere diversa) *in conflitto* con il nucleo costitutivo ed essenziale dei valori suddetti e con le correlate norme di principio»<sup>17</sup>.

La motivazione che spinge l'ordine giuridico ad esplorare nuove ed alternative, duttili e più elastiche vie di giuridificazione dei rapporti con le Confessioni risiede nel fatto che un irrigidimento dello Stato in questo campo può essere causa di gravi turbamenti interiori per i suoi

---

riprenderebbero vigore le tesi sviluppate sotto la vigenza del concordato del 1929, secondo cui i diritti del singolo erano riconosciuti in quanto coincidessero con l'interesse dell'istituzione». Infine si segnala che la rivista *Il diritto ecclesiastico*, nell'annata 2007, I, 45 ss., ospita «Studi e opinioni sul progetto di legge sulla libertà religiosa».

<sup>17</sup> S. BERLINGÒ, *Ordine etico e legge civile: complementarità e distinzione*, in *Iustitia*, 1996, 236.



consociati, assaliti dal dilemma se obbedire all'ordine civile, con nocumento per la propria coscienza, o se applicare il codice etico di riferimento e sopportarne le conseguenze negative sul piano civile. Si verificherebbe, pertanto, una situazione contraddittoria per le moderne democrazie: da un lato si afferma che il principio fondamentale dell'ordinamento statale è la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo quale garanzia per una migliore esplicazione della sua personalità (art. 2 Cost.); dall'altro si rende inane questa garanzia ingenerando conflitti di coscienza o di lealtà. Ecco allora che, essendo lo Stato fornito del proprio apparato autoritario in funzione strumentale all'esplicazione della persona umana, tale autorità può eventualmente flettersi laddove un eccessivo irrigidimento, lungi dall'agevolare la personalità dell'uomo, conduca, viceversa, ad una sua coartazione.

È interesse dello Stato, quindi, cercare di evitare, per quanto è possibile, i conflitti di coscienza, agevolando la realizzazione di modalità alternative (*soft*), rispetto a quelle dettate unilateralmente (*hard*), per il raggiungimento dei principi fondamentali. In questo modo il soggetto che non voglia venire meno ai suoi doveri, sia in quanto cittadino, sia in quanto appartenente ad un gruppo eticamente ispirato, può fruire di una pluralità di soluzioni - tutte sostanzialmente rivolte alla realizzazione del medesimo valore civile fondamentale -, tra le quali può scegliere quella che sente essere più vicina al proprio codice etico. Così, ad esempio, il cittadino che è chiamato a prestare il servizio militare, può scegliere di esplicare il servizio civile non armato qualora lo statuto morale del proprio gruppo gli vieti l'uso delle armi. Può in questi casi parlarsi di *opzione* di coscienza in quanto è lo Stato stesso che prevede varie possibilità di attuazione del medesimo principio-fine (v. anche *infra* § 8).

La individuazione delle variegate opzioni alternative può avvenire anche attraverso momenti di concertazione tra le istanze giuridiche ed i rappresentanti di quelle comunità particolari che si ispirano a principi morali non eversivi rispetto al nucleo assiologico fondamentale della più generale comunità politica. È evidente, infatti, che allo Stato non è consentito di *raggiungere* questo «compromesso» - destinato a rendere concretamente operativi nella società civile i principi codificati negli statuti delle particolari comunità - con qualsiasi gruppo etico-religioso. Ciò non toglie, però, che l'ordine giuridico debba compiere ogni sforzo volto a rendere accessibile a tutti questo tipo di «negoziazione», almeno intavolando le necessarie trattative, salvo poi, in sede di effettiva concertazione, a non accondiscendere al



risultato proposto dall'ordine etico<sup>18</sup>. Ma, anche laddove le trattative andassero a buon fine, nessun tipo di discriminazione ne potrebbe scaturire, non essendo ammissibile introdurre per tale via alcun privilegio in favore di qualche particolare comunità etico-religiosa (principio di eguale libertà *ex art. 8, 1° comma, Cost.*).

In definitiva, con la Costituzione repubblicana si è rinunciato definitivamente all'uso di pattuizioni Stato-Chiesa volte a consentire a quest'ultima un trattamento di favore rispetto agli altri culti (*pacta unionis*), e si è invece fatto ricorso ad accordi che, sia pur prevedendo discipline particolari ed originali, consentono un più ampio dispiegamento delle libertà sancite dalla stessa Carta fondamentale, con i limiti e le garanzie in questa previste (*pacta libertatis et cooperationis*). Si tratta di una delle forme più elastiche ed adattive di cui la nostra moderna democrazia si avvale per consolidare dinamicamente le sue tipiche funzioni: agevolare il processo d'integrazione della società italiana e guidarne il progresso materiale e spirituale (art. 4 Cost.). In altri termini, si attiva una cooperazione per consentire «una più efficace partecipazione dei gruppi religiosi alla determinazione dei valori comunemente condivisi in ambito societario»<sup>19</sup>. Complementariamente, le stesse Confessioni ricevono, in cambio, la possibilità di coprodurre

---

<sup>18</sup> In proposito **S. BERLINGÒ**, *Alla riscoperta della laicità, in Europa*, cit., 272, afferma che i gruppi o le comunità religiose non possono «essere aprioristicamente esclusi, in nessun caso, dal giudizio di compatibilità etica, pena il ritirarsi, da parte loro, in una sorta di insidiosa clandestinità ed al prezzo, da parte della *polis*, di una sbrigativa rimozione, ispirata da un più o meno avvertito desiderio di occultamento». Non sarebbe, pertanto, legittimo un atteggiamento dello Stato che non ammetta a trattare determinati gruppi etico-religiosi presenti nella società senza nemmeno darne una giustificazione. È il caso dell'Unione degli atei e degli agnostici razionalisti, alla quale è stata respinta la richiesta di avviare le trattative finalizzate alla stipula dell'intesa prevista dall'art. 8 Cost. L'Unione ha quindi proposto ricorso straordinario al Capo dello Stato avverso tale provvedimento di rigetto ed il Consiglio di Stato, investito della questione, ha ritenuto accoglibile il ricorso, perché il Governo aveva assunto semplicemente un atteggiamento inerte, senza peraltro pronunciarsi sul merito: Cons. Stato, sez. I, parere 29 ottobre 1997, n. 3048/96, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 1998/3, 850 ss.

<sup>19</sup> **S. BERLINGÒ**, *Fonti del diritto ecclesiastico*, cit., 16. «Come è stato notato dagli studi sociologici, sia che si tratti d'una istituzione che di una confessione, quando il consenso collettivo "su un punto essenziale è ridotto" ed incerta risulti "la configurazione gerarchica del sistema di riferimento", si determina una condizione di flessibilità che rende possibile intavolare un negoziato. Tuttavia, perché ciò si verifichi e produca conseguenze spedibili sul piano giuridico, è necessario che da parte del sistema organizzante (in primo luogo, dallo Stato) non sussista un giudizio aprioristico di "compatibilità etica", tale che implichi un rifiuto preconcepito, sia dei sotto-universi, sia degli esponenti del movimento culturale o religioso di cui trattasi»: **S. BORDONALI**, *Le istanze religiose di fronte ai meccanismi di produzione giuridica*, in *Dir. Eccl.*, 2005, I, 89.



con lo Stato una normativa che, richiamando norme interne dei singoli culti, consenta ai propri adepti ed enti di operare *in civitate* rispettando, nel contempo, i principi fondamentali dell'ordine temporale e l'identità specifica del loro particolare ordine etico.

## 5 - La definitività provvisoria di una specifica transazione

Introdotta l'istituto delle intese, sembra opportuno rilevare in questa sede le sue diverse connotazioni *soft*.

Intanto, nessun gruppo religioso può essere costretto (*hard law*) ad addivenire ad un'intesa con lo Stato se - essendo privo di una propria normazione potenzialmente in conflitto con quella statale - non entra materialmente in rapporti con l'ordine temporale. Lo Stato, cioè, non può imporre (*hard law*) un proprio riconoscimento ai gruppi etico-religiosi. Solo una Confessione, che vuole orientare le condotte dei propri fedeli in contrasto con le correlate qualifiche normative statali, ha il dovere, oltre che il diritto, di perseguire una soluzione concordata per tale conflitto, pena l'inapplicabilità, *ex art. 8, 2° comma, Cost.*, delle norme confessionali che contrastano con l'ordinamento giuridico italiano (v. *retro* § 2). D'altra parte, anche lo Stato non può disciplinare unilateralmente (autoritativamente, *hard law*) la materia dei rapporti perché toccherebbe, violando anch'esso il principio di separazione, gli aspetti spirituali che, in tale materia, sono inscindibilmente legati a quelli temporali. Quindi, le due parti sono libere di non usare lo strumento concordatario, basta che non entrino in rapporti fra loro, limitandosi ad esercitare le proprie funzioni solo nei rispettivi ambiti di competenza.

Né, del resto, una volta stipulati, i concordati hanno mai avuto di fatto, indipendentemente dalle vere intenzioni delle due parti che li hanno sottoscritti, la capacità di valere per sempre ed al di sopra degli eventi sopravvenuti. Cioè, questi accordi non hanno mai consentito di ergere per lungo tempo una cortina di ferro come baluardo per le mutue agevolazioni concordate fra le due autorità. In altri termini, tali moduli convenzionali non riescono ad ingabbiare la dinamica dei rapporti Stato-Chiesa perché, essendo questi sempre in continuo fermento, sfuggono ad una disciplina che, cristallizzandosi nel tempo, assuma i connotati tipici dell'*hard law*. Ciò in quanto non esiste uno «spazio di confine» netto e costante tra ordine temporale e ordine spirituale: in proposito si è parlato giustamente di mobili frontiere fra



Stato e Chiesa, rendendo non tassativa l'enumerazione delle *res mixtae*<sup>20</sup>. Queste sono, pertanto, in continua evoluzione: basti pensare alla recente rilevanza ecclesiasticistica di questioni come la bioetica o la *privacy*, che dimostrano ancora una volta la buona duttilità del bimillenario parametro cristiano del dualismo giurisdizionale, sia pur applicato attraverso una costante e difficile opera di adattamento del *loghion evangelico date a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio*.

In conseguenza di questa dinamicità relazionale, la pattuizione che limita le rispettive sovranità di Stato e Confessione per disciplinare i loro rapporti, produce effetti fin tanto che, e nella misura in cui, le parti stipulanti ritengono utile ed opportuno rispettarla e/o permangono le condizioni di fatto e di diritto vigenti al momento della stipulazione<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Uso il termine *spazio* e non *linea* per rappresentare il confine fra l'ordine dello Stato e quello della Chiesa perché fuori dall'uno non c'è subito quello dell'altra, bensì un'area ove sono presenti, inscindibilmente, entrambi, e che quindi deve essere disciplinata bilateralmente (pervenendo ad una soluzione compromissoria o transattiva dei conflitti). Tale ambito, in cui si svolgono i rapporti fra Stato e Chiesa, è giuridicamente esterno tanto all'ordinamento statale, quanto a quello confessionale, per cui le pattuizioni aventi ad oggetto le *res mixtae* sono atti di diritto esterno, e in quanto tali «sottostanno alle regole di diritto internazionale *stare pactis e rebus sic stantibus*»: **M. TEDESCHI**, *L'interpretazione delle norme di diritto ecclesiastico*, in *Diritto e Religioni*, 2007/2, I, 265, che aggiunge (269): «le norme in cui si sostanziano tali accordi, frutto di una tale compromissione, non possono essere considerate di carattere generale, ma limitate alle parti in causa, ed hanno in genere una breve durata». Cfr. **F. VECCHI**, *Rilievi sulla persistenza dei principi iuris gentium (Pacta sunt servanda e Rebus sic stantibus) nel Concordato portoghese del 18 maggio 2004 e nella legislazione ecclesiastica nazionale*, in *Dir. Eccl.*, 2005, I, 384 ss. Mi sembra opportuno riportare in questa sede quanto afferma **S. BERLINGÒ**, *Laicità e concordato*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), febbraio 2007, 1: «L'istituto concordatario ha una propria storia che, caratterizzata da lunghe traversie, contraddizioni e contrasti (*«historia concordatorum, historia dolorum»*), si è iscritta nell'ambito del c.d. «diritto pubblico ecclesiastico esterno», ossia in un settore del diritto canonico della Chiesa latina, per sua stessa denominazione, situato alla frontiera di quest'ordinamento. Le frontiere - com'è ovvio - possono essere chiuse o aperte; e le linee di demarcazione o i presidi di confine possono spesso tramutarsi - lo annotò Arturo Carlo Jemolo, traendo ispirazione da un'immagine poetica a Lui cara - in linee di comunione, oltre che in realtà e metafore della distinzione. Di tale ambivalenza o, se si preferisce, di tale ambiguità è intriso tutto il vissuto dei concordati, per quanto assai vari siano i tratti specifici delle diverse epoche in cui si è andata sviluppando questa esperienza».

<sup>21</sup> «Le parti contraenti hanno quindi il pieno diritto di denunciare la convenzione in maniera unilaterale, allorquando essi stimino che la condizione delle cose si sia mutata: - per esempio [...] quando lo Stato venisse a mutare così radicalmente la propria costituzione interna da non potere più comportare i vincoli creati dal concordato stesso, o da non sapersi più che fare delle facoltà che da questo gli fossero consentite»: **F. RUFFINI**, *Relazioni tra Stato e Chiesa. Lineamenti storici e sistematici*, a cura di F. Margiotta Broglio, Bologna, 1996, 192. La denuncia unilaterale non è



Le intese, quindi, sono ispirate dal principio internazionalistico dello *stare pactis* ed anche da quello, per così dire contingente, che si suole identificare con la clausola derogatoria *rebus sic stantibus*. In altri termini, siamo in presenza di un assetto di rapporti Stato-Confessione caratterizzato da una definitività provvisoria (*soft*), collegata al mutare delle esigenze soggettive ed oggettive che fondano la transazione. Oggi, pertanto, gli unici profili *hard* o cogenti delle disposizioni normative *de quibus* sono rappresentati dalla impossibilità di addivenire a modificazioni della disciplina pattizia in via unilaterale e dalla necessità che ulteriori limitazioni di sovranità radichino in rinnovate esigenze di comporre conflitti di lealtà e, quindi, nella impreteribile necessità di esplorare sempre nuove e migliori vie di esplicazione della personalità umana.

Invero, proprio le sempre mutevoli istanze provenienti da quell'universo che è ogni singolo uomo e che lo rendono così unico e diverso dagli altri suoi simili, fanno sì che ogni Confessione religiosa rappresenti, a sua volta, un *unicum* empirico e dogmatico, non assimilabile ad un altro gruppo religioso<sup>22</sup>. Ecco allora che lo stesso istituto delle intese non si presta ad essere utilizzato

---

avvenuta con i Patti Lateranensi (*pacta unionis*), che anzi sono stati confermati nella Costituzione repubblicana, solo per rispettare il principio internazionalistico *pacta sunt servanda*, ex art. 10 Cost., e per la convenienza politica a mantenere la pace religiosa come condizione idonea a dare i natali ad una gracile democrazia. Ma tale forzatura non poteva iterarsi indefinitamente, così gli stessi Costituenti hanno tracciato la via della bilateralità necessaria per modificare l'obsoleta e privilegiaria disciplina dei rapporti Stato-Chiesa in un moderno modulo di cooperazione finalizzato alla promozione dell'uomo ed al bene del Paese (*pacta libertatis et cooperationis*). Sulla copertura costituzionale ex art. 117 Cost. delle «modifiche delle modifiche» dei Patti lateranensi v., da ultimo, **M. PAGANO**, *La negoziazione bilaterale alla luce della riforma costituzionale del titolo V*, in *Diritto e Religioni*, 2007/2, I, 237 ss., in specie 245. Mi piace infine segnalare in questa sede la sapiente funzione «ostetrica» adempiuta, secondo **S. DOMIANELLO**, *Le garanzie di laicità civile e libertà religiosa, nel matrimonio, al bivio: fidarsi di più della rischiosa attuazione degli antichi diritti della democrazia o delle promesse di un nuovo diritto convenzionale «di classe»?*, in *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., 242 s. in nota 5, dalla Corte costituzionale negli anni settanta ed ottanta, «per riuscire a “gettar via” della disciplina pattizia prerepubblicana la sola “acqua sporca” - cioè i residui di un confessionismo e di un giurisdizionalismo entrambi ormai fuori tempo - ed a “salvarne” invece “il bambino” - cioè, il potenziale valore democratico».

<sup>22</sup> In proposito **P. CONSORTI**, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, in *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., 203 in nota 17, ritiene «interessante l'idea di “universale” inteso come “direzione unica” (“*uni-versum*”: cioè che si dia storicamente un progresso verso un'unica verità, che ci siano diversi gradi di approssimazione al miglior modo d'essere, e che il proprio insieme di *credenze, pratiche, e istituzioni* sia il migliore, l'unico vero”) che h[a] trovato in **L. MORI**, *L'io scisso e la comunione degli eguali*, in corso di pubblicazione [pp. 2 e 3 del dattiloscritto]».



indiscriminatamente per più Confessioni, ma va usato solo come strumento di eguaglianza sostanziale, *ex art. 3, 2° comma, Cost.*, ed in applicazione del criterio di ragionevolezza. Cioè, vi si può ricorrere eccezionalmente (a richiesta della parte confessionale) per consentire che la specificità di un culto non gli sia di ostacolo al raggiungimento pur solo di quella soglia minima ed appena sufficiente di garanzia dell'eguale misura di libertà (art. 8, 1° comma, Cost.), che dovrebbe essere assicurata dalle unilaterali (autoritative, *hard*) determinazioni normative disposte dallo Stato per le generiche estrinsecazioni della libertà religiosa (diritto comune: v. *retro* § 3)<sup>23</sup>. Da tale considerazione discende che l'intesa possiede un'altra caratteristica tipica del *soft law*: quella di essere una disciplina originale e sempre nuova, che non trova uno specifico precedente in normative cogenti preesistenti, altrimenti non si giustificerebbe l'inapplicazione di queste ultime. Pertanto, nessuna intesa dovrebbe essere fotocopia di un'altra, cioè riconducibile a preventivi schemi o *standards* predisposti su precedenti accordi o, peggio ancora, stilati unilateralmente dalla parte statale. In quest'ultimo

---

<sup>23</sup> Condivisibili appaiono le preoccupate considerazioni di G. CASUSCELLI, *Le fonti (pattizie) del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 41 s., circa l'atteggiamento del legislatore che, lungi dall'emanare una normativa unilaterale sulla libertà religiosa, «ha nel frattempo alterato lo stesso sistema costituzionale nella sua *summa divisio* tra fonti di diritto pattizio e fonti unilaterali avendo fatto debordare il diritto pattizio nella sfera "altra" del diritto comune: il ricorso all'espedito di predisporre discipline unilaterali di favore irragionevolmente applicabili solo alla Chiesa cattolica (i cui rapporti con lo Stato sono regolati dai Patti lateranensi e dalle loro modificazioni concordate *ex art. 7, secondo comma, Cost.*) ed alle altre confessioni i cui rapporti con lo Stato fossero regolati per legge sulla base delle intese di cui all'art. 8 della Costituzione, ha trasformato il diritto comune in un diritto, di fatto, "para-pattizio" ed in buona sostanza "speciale", esempio paradigmatico del decadimento di una tecnica legislativa che finisce con lo sconvolgere gli stessi criteri interpretativi, ed insieme di violazione degli stessi principi costituzionali che, per ripetitività e diffusività, sembra assumere il carattere di una sospensione o revisione tacita della nostra Carta». L'A., *ibidem*, 44 s. in nota 21, aggiunge che la Corte costituzionale «sin dalla sentenza n. 195 del 1993 ha affermato che "l'aver stipulato l'intesa... non può costituire l'elemento di discriminazione nell'applicazione di una disciplina posta da una legge comune, volta ad agevolare l'esercizio di un diritto di libertà dei cittadini". La pronuncia non solo non ha avuto il doveroso seguito legislativo, ma è stata disattesa (unitamente alle successive conformi) dal proliferare delle leggi discriminanti e discriminatorie sempre sulla base di quell'elemento». Ancora, lo stesso A., *ibidem*, 48, precisa come la Corte costituzionale, con pronunzie successive, abbia «trovato il modo di sottolineare quella "specificità" delle esigenze confessionali, che gli accordi sono chiamati a soddisfare e che sola giustifica discipline differenziate, in contrasto con la prassi ventennale che affida agli accordi sia con la Chiesa cattolica che con le altre confessioni il compito di dettare la disciplina generale della loro condizione nello Stato»: v. Corte cost. sentt. nn. 235 del 1997, 508 del 2000, 346 del 2002.



caso si verificherebbe, altresì, una asimmetria del tutto inconciliabile ed incompatibile con il sistema della coordinazione, cui è oggi improntato l'istituto delle intese: questo è un modulo orizzontale di relazioni tra due soggetti dotati della stessa dignità giuridica e che, quindi, interloquiscono, in una sede perfettamente paritaria e democratica, dell'intero assetto dei loro attuali e specifici rapporti<sup>24</sup>.

## 6 - La parlamentarizzazione

La vicenda che ha condotto a realizzare, per la prima volta, il principio di cooperazione nella nuova *ratio* dettata dal Costituente - cioè volto a produrre *pacta libertatis et cooperationis* e non più *pacta unionis* - è stata quella relativa alle modifiche del Concordato lateranense del 1929 fra Stato e Chiesa cattolica. In quella occasione, ormai quasi trent'anni or sono, mancando idonee norme sulla procedura da adottare, Parlamento e Governo diedero vita ad una convenzione costituzionale, confermata e rispettata anche da un terzo soggetto di diritto internazionale, la S. Sede. Alcune direttive parlamentari intesero «liberare la revisione del concordato dal dominio incontrastato della maggioranza governativa, ed imposero al governo un raccordo necessario con le forze parlamentari» (parlamentarizzazione)<sup>25</sup>. A me sembra che in tal modo si

---

<sup>24</sup> Se nella prassi si riscontrano alcune intese-fotocopia è imputabile al fatto che, proprio perché manca una moderna e costituzionalmente compatibile legge unilaterale sulla libertà religiosa, molte Confessioni hanno utilizzato lo strumento pattizio per affrancarsi dal vecchio regime di mera tolleranza, e non di vera libertà religiosa, derivante dalla ancora vigente legge sui culti ammessi n. 1159 del 1929. Sulla coordinazione che deve ispirare l'istituto concordatario **S. BERLINGÒ**, *Laicità e concordato*, cit., 3, afferma: «Paradossalmente, proprio quando la tipica espressione europea di sovranità politica perviene al suo acme nello stato napoleonico si determina una svolta, già a partire dalle forme adottate nella storia dell'istituzione concordataria: entrambe le parti paciscenti sembrano, infatti, rinunciare alla pretesa di presentarsi, in sede di negoziazione, su di un livello più elevato, l'una nei confronti dell'altra. [...] Può, dunque, affermarsi che non si è di fronte ad una semplice evoluzione morfologica dell'istituto concordatario, ma piuttosto al sintomo dell'inevitabile riflesso su questo tipo di intreccio sinallagmatico di uno snodo cruciale della dialettica fra i due distinti ordini, della Chiesa e della comunità politica. In questa fase storica comincia, cioè, ad emergere con chiarezza come le distinzioni fra le due istituzioni (e, per converso, la loro reciprocamente irriducibile complementarità) risultino strumentali e serventi nei riguardi della garanzia e tutela dell'umana persona».

<sup>25</sup> **G. CASUSCELLI** e **S. DOMIANELLO**, *Intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in **S. BERLINGÒ**, **G. CASUSCELLI**, **S. DOMIANELLO**, *Le fonti e i principi del diritto ecclesiastico*, cit., 50, ove aggiungono: «La forza vincolante delle novità procedurali introdotte per tal via poté sostenersi anche in forza del recepimento



sia operato in termini di *soft law*, essendo stata svolta «una funzione importante nel processo di ricostruzione o di impulso nella formazione di una norma consuetudinaria»<sup>26</sup>, perché, rimanendo l'inerzia del legislatore nell'emanare una normativa sulla procedura, questo precedente impegnerà Governo e Parlamento a ripetere gli stessi comportamenti adottati in quella sede, quando occorrerà rispondere a successive analoghe esigenze di giuridificazione della materia dei rapporti Stato-Confessioni. Invero, tale soluzione procedurale, adottata mediante la produzione di un'attività di *soft law*, pur mancando di una vincolatività tipica degli atti di *hard law*, non implica che essa non dia origine ad effetti in grado di condizionare la condotta delle parti, anche se più attenuati rispetto a quelli abitualmente connessi alle norme giuridiche cogenti<sup>27</sup>. Infatti, un comportamento successivo che dovesse risultare irrilevante di questo assetto *soft* di interessi procedurali, non risulterebbe privo di conseguenze sanzionatorie, anche rilevanti. Basti pensare che un altro accordo Stato-Confessione non preceduto da questo stesso *iter* potrebbe essere oggetto d'incostituzionalità per violazione della Costituzione letta come fonte integrabile, in quanto la suddetta convenzione costituzionale ha integrato gli artt. 7 ed 8 della Carta fondamentale<sup>28</sup>.

---

successivo di esse nella fonte (interna, secondaria ed extra ordinem) del d.p.c.m. 10-10-1976, istitutivo della commissione che avrebbe trattato con la Santa Sede la revisione pattizia: l'art. 3 sanciva per il governo l'obbligo di comunicare alle camere i risultati raggiunti in sede di trattativa "prima della stipulazione di un accordo". La Santa Sede, da parte sua, riconosceva — nel preambolo al progetto preliminare di revisione — che la regolarità della stipula di un accordo modificativo del concordato doveva essere valutata anche alla stregua delle norme statuali relative ai poteri delle rappresentanze».

<sup>26</sup> M. DISTEFANO, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in *Lavoro e Diritto*, 2003, 22.

<sup>27</sup> Cfr. B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., 7.

<sup>28</sup> «Si è ritenuto, altresì, che la forza normativa propria di quella convenzione giungerebbe sino ad autorizzare il parlamento a sollevare, per le violazioni di essa, conflitto di attribuzione dinanzi ai giudici della Corte costituzionale, e il Capo dello stato ad usare tutti i mezzi di pressione in suo potere per evitare che accordi lesivi degli obblighi procedurali giungano ad essere ratificati ed eseguiti; ferma restando, in fine, l'ulteriore possibilità di eccepire, in via incidentale, l'illegittimità della legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione, per vizio nel procedimento formativo. Queste conclusioni vanno estese anche al procedimento per la formazione delle leggi previste dal 3° co. dell'art. 8 Cost., perché il fenomeno della cosiddetta parlamentarizzazione interviene in un ambito che non è limitato alla sfera (soggettiva, ristretta) delle relazioni con la chiesa cattolica, ma impegna (per intero) il sistema (oggettivo) dei rapporti, al quale si propone di offrire garanzia in ordine alla sua piena conformità al dettato costituzionale»: G. CASUSCELLI e S. DOMIANELLO, *Intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica*, cit., 51.



Si verifica, pertanto, un'altra caratteristica possibile delle fonti di *soft law*: «talvolta si tratta di indicazioni che possono essere trasformate, attraverso decisioni giudiziali, amministrative o legislative, in *hard law*»<sup>29</sup>. Così, oltre al sindacato di costituzionalità posto in essere dal giudice delle leggi, potrebbe verificarsi - anzi è auspicabile che accada - una recezione legislativa di tale convenzione, in modo da rendere chiare e sicure, poche ma buone, norme sulla procedura da seguire per addivenire ad un'intesa, nonché per disporre le misure interne idonee a recepire, eseguire ed attuare/integrare tale negozio interordinamentale.

Invero, concludere un accordo Stato-Confessione è in parte assimilabile a stipulare un trattato internazionale, perché sono di fronte due ordinamenti originari, autonomi ed indipendenti, quasi come due Stati: senonché il primo atto è ancor più delicato perché comprime l'autorità dello Stato sul proprio territorio, sia pur con riferimento alle condotte dei cittadini che sono qualificabili anche dal punto di vista religioso e non solo temporale. In questo originale sforzo di autocompressione - che mette sicuramente in gioco l'identità dello Stato, il suo volto, e cioè una democratica laicità rivolta all'esplicazione della persona attraverso la valorizzazione dei suoi diritti inviolabili -, il Governo, organo esecutivo, non può essere lasciato solo e discrezionalmente libero nel condurre le trattative con i rappresentanti confessionali. Infatti, proprio in questa importante tappa dell'*iter* propedeutico ad un'intesa di diritto ecclesiastico, vengono transattivamente individuati gli ulteriori e specifici limiti (rispetto dei diritti inviolabili e delle regole della democrazia) di rilevanza delle norme confessionali nell'ordine dello Stato, oltre a quello generale del non contrasto con l'ordinamento giuridico italiano *ex art. 8, 2° comma, Cost.*: diventa quindi fondamentale ridurre grandemente i margini di arbitrio insiti nell'esercizio del potere esecutivo. Pertanto, considerata anche l'impossibilità per il Parlamento di emendare l'articolato che gli viene presentato col disegno di legge per la relativa approvazione legislativa (art. 8, 3° comma, Cost.), è vieppiù necessario consentire al potere legislativo - cui la Costituzione ha affidato direttamente e specificamente il ruolo di custode del volto democratico e personalista della nostra Repubblica - di seguire, controllare, indirizzare, passo passo l'operato del Governo (parlamentarizzazione) nell'addivenire ad un impegno così grave nel diritto internazionale, immediatamente produttivo, tra l'altro, di effetti prodromici di carattere obbligatorio. E tale compito di supervisore il Parlamento espleta proprio attraverso tipici atti di *soft law*: risoluzioni, ordini del giorno, mozioni, direttive,

---

<sup>29</sup> B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., 7.



etc., con i quali impegna il Governo, in ossequio al rapporto di fiducia che lega l'Esecutivo alla sua maggioranza parlamentare, ad adottare precisi comportamenti ispirati a specifici indirizzi politici, così come prefigurato dal modello costituzionale.

Quindi, ancora una volta, notiamo nelle vicende, anche formali, del diritto ecclesiastico uno scenario giuridico composito: ad ambiti di *soft law*, la procedura delle trattative, in cui non troviamo precise, ferree norme cogenti, si accompagnano ambiti di *hard law*, a cui viceversa presiedono proprio queste (l'art. 2 Cost., per esempio), e che, conferendo al sistema quei necessari elementi di rigidità, inderogabilità, inflessibilità, non consentono minimamente di affievolire la tensione nel perseguimento degli obiettivi fissati in tali norme-fine.

## 7 - Gli accordi derivati

Di contro, le caratteristiche di leggerezza, duttilità, versatilità degli strumenti di *soft law*, sembrano riscontrarsi pienamente nella fase esecutiva, applicativa, specificativa e persino integrativa delle intese concordatarie sin qui descritte. Invero, con l'Accordo del 1984 fra Stato e Chiesa cattolica si è innovata persino la forma di produzione delle norme attuative dei principi nuovi che emergono in un negozio sui rapporti fra le due *Alte Parti*. A differenza del Concordato del 1929, in cui le norme attuative erano monopolisticamente (*hard law*) emanate dallo Stato fascista - che così riprendeva quella autorità che «a denti stretti», per convenienza ed opportunità politica, aveva temperato nel concludere il patto *per principia* con la S. Sede -, oggi, lo Stato repubblicano e personalista (art. 2 Cost.), ritiene perfettamente congruo con la sua identità laica, mantenere relazioni di tipo bilaterale anche quando si tratta di scandire cronologicamente ed articolare tra *altre parti*, risposte pronte ed adeguate alle nuove esigenze religiose che, costantemente, emergono dalla popolazione (*soft law*). Così si è fatto ricorso ad ulteriori sedi di concertazione interpotestativa Stato-Chiesa, oltre a quelle apicali, che hanno operato nella materia dei rapporti, costituzionalmente vincolata alla regola della bilateralità. In tale contesto, l'accelerazione ed il complessificarsi dell'odierna realtà sociale e giuridica ha, per certi versi, pure permesso di sganciare la recezione delle relative pattuizioni *paraconcordatarie* dal più complesso, lungo e lento *iter* di produzione legislativa, innescando, anche in tale materia,



l'attuale fenomeno della delegificazione, che è un altro indice o sintomo del *soft law*<sup>30</sup>.

Va, altresì, evidenziato come, nel frattempo, si siano anche prodotti ulteriori momenti di collaborazione fra le due istanze che hanno avvalorato il carattere democratico delle procedure amministrative, tipicamente inserite nell'autonoma competenza unilaterale (autoritaria) dello Stato. Invero, nella procedura amministrativa o procedimento - a differenza del processo giudiziario, ove gli interessi coinvolti sono tutti trattati in modo paritario - si tende a dare sempre precedenza, fra gli interessi contrapposti, all'interesse rappresentato dall'organo pubblico. Per ovviare a tale asimmetria è allora possibile ricorrere (durante l'*iter* amministrativo che involge aspetti religiosi) a quei moduli convenzionali (intese *procedimentali*), che le varie articolazioni dell'apparato statale usano attivare con rappresentanze (confessionali, quali istanze esponenziali) di formazioni sociali, non certo per obbligo di legge (*hard law*), ma per opportunità, perché rappresentano uno strumento capace di recepire prontamente e più efficacemente le dinamiche sociali, economiche e tecnologiche in continuo cambiamento, nonché idoneo a monitorare i vari interessi in gioco (*soft law*). Per questa via si riesce, nello stesso tempo, ad ottenere alla fine un provvedimento che risulti condiviso, se non addirittura apprezzato, dai destinatari. «Nello scenario odierno, infatti, il diritto tende ad accentuare le proprie valenze interattive e comunicative proceduralizzandosi ed assumendo moduli espressivi più fluidi. Ciò lo rende un prodotto aperto, capace di essere reattivo a sempre nuove situazioni; che si conforma, in molti ambiti, secondo una logica della possibilità e dell'opportunità, piuttosto che del vincolo e della sanzione»<sup>31</sup>.

Mi sembra, cioè, che anche nell'ordinamento giuridico secolare, così come già avviene in quello canonico, si stia avvertendo sempre più l'esigenza di aumentare il grado di rilevanza che fino ad oggi è stato assegnato agli «interessi alla *partecipazione* rispetto agli interessi alla *prevenzione*, che costituiscono i due poli attrattivi e contrapposti di ogni esperienza giuridica. Gli interessi alla prevenzione concorrono ad

---

<sup>30</sup> V. anche *infra* § 10. È opportuno precisare in questa sede che la delegificazione di cui al testo va attuata sempre con una fonte normativa; pertanto, S. BERLINGÒ, *Fonti del diritto ecclesiastico*, cit., 26, afferma che le «“intese paraconcordatarie” verranno [...] recepite da uno strumento normativo che sarà quello volta a volta più congruo, in base al loro oggetto e alla posizione giuridica dell'interlocutore interveniente ex parte reipublicae», e, comunque sia, nel quadro della generale e ben definita copertura offerta dalle norme costituzionali.

<sup>31</sup> B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., 9.



introdurre elementi di stabilità e di certezza o, se si preferisce, di rigidità, e quindi a determinare la struttura *statica* dell'ordinamento; per converso gli interessi alla partecipazione danno corpo ai fattori di riforma e di rinnovamento o, se si preferisce, di flessibilità o di elasticità del sistema, e ne rimarcano la funzione dinamica»<sup>32</sup>. In questo modo, riservare ambiti più ampi di *soft law* all'interno delle dinamiche giuridiche rappresenta una coraggiosa ma necessitata politica del diritto volta ad accentuare la messa in discussione delle proprie disposizioni normative cogenti, per valorizzare i variegati apporti e le sottese esigenze di esplicazione della personalità umana, che costantemente emergono dalle diverse «anime» della popolazione.

## 8 - L'obiezione di coscienza

Finora ho esaminato due tipi di relazione fra l'ordine giuridico e quello etico-religioso: uno in cui le qualificazioni dell'ordine morale non interferiscono in alcun modo con l'ordine giuridico e, quindi, possono liberamente orientare le condotte dei fedeli/cittadini (autonomia confessionale), ed un altro in cui le norme morali dispongono su ambiti ove insistono anche i valori fondamentali dell'ordinamento giuridico, ed è, pertanto, necessario un momento di concertazione tra le istanze di quest'ordine ed i rappresentanti di quello etico al fine di predisporre alternative forme di realizzazione dei suddetti valori (intese).

Esiste, però, un ulteriore ambito, contrassegnato dall'impossibilità di addivenire a soluzioni concordate tra i due ordini in quanto non ricorrono i margini per un proficuo negoziato. Invero, l'ordinamento giuridico può mettere in gioco sé stesso nella misura in cui, esplorando nuove ed alternative vie di giuridificazione (*soft law*), riesce meglio a tutelare la dignità della persona umana ed i suoi diritti inviolabili; ma quando lo Stato, per proteggere tale patrimonio irrinunciabile, non riesce proprio a scorgere queste vie, ritenendo più congrua la strada tradizionalmente seguita nel proprio esclusivo ordine (*hard law*), non esistono i margini per una legittima transazione con l'ordine etico. In altri termini, le inderogabili istanze di salvaguardia della personalità dell'uomo rappresentano, nello stesso tempo, la fonte del temperamento della sovranità statale ed il limite di questa moderazione dell'apparato autoritario dello Stato.

Comunque sia, anche laddove non si riuscisse ad arrivare ad una soluzione concordata del conflitto tra un valore confessionale ed un

---

<sup>32</sup> S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, Torino, 1995, 61.



valore costituzionale, ed il fedele dovesse quindi ricorrere all'ultima *chance* per rispondere all'inderogabile voce della sua spiritualità, e cioè all'obiezione di coscienza *tout court* o *contra legem (hard)*<sup>33</sup>, non per questo (solo) verrebbe compromesso irrimediabilmente l'atteggiamento *soft* che il diritto mostra nei confronti delle istanze di senso provenienti dalla sfera intima dell'uomo. Ancora una volta, e pure in una situazione estrema, si può notare come, «nel contesto di un rapporto di complementarità-distinzione con un ordine giuridico, che appresti un "ambiente" rispettoso ed attento per l'ordine etico, il ricorso (o il richiamo) all'obiezione di coscienza tende a perdere ogni connotato di mal posto o improduttivo ribellismo, di distacco da ogni profilo istituzionale, di disconoscimento del principio di legalità o dei fondamenti della democrazia. Esso assume il significato di un appello ad un ordine diverso da quello concretamente costituito, ma pur sempre diretto all'instaurazione o allo sviluppo di una convivenza assunta come più giusta e più umana»<sup>34</sup>.

Si rimane, invece, fuori anche da quest'ultimo ambito di estrema (*soft*) considerazione dei personali principi religiosi - e quindi lo Stato non può non perseguire penalmente, e soprattutto prevenire la

---

<sup>33</sup> Sulla distinzione tra obiezione ed opzione di coscienza cfr. G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino, 1993, 105 ss., in specie 115 s. L'A., *ibidem*, 118, precisa che, oltre all'obiezione di coscienza *tout court* (o *contra legem*) e all'opzione di coscienza (o obiezione di coscienza *secundum legem*), esiste una terza situazione, anch'essa legislativamente prevista, «in cui il comando del legislatore contiene un obbligo al quale, per ragioni di coscienza, è possibile sottrarsi del tutto, ancorché tramite determinate formalità e procedure. È la scelta fatta a suo tempo dal legislatore italiano nell'art. 9 della legge n. 194 del 1978 sull'aborto, nella quale è prevista una completa esenzione dall'osservanza della legge, senza alcun obbligo di prestazione corrispettiva» a carico del personale sanitario. In questo caso, quindi, «l'ordinamento giuridico si adatta automaticamente — e sia pure a determinate condizioni d'ordine procedurale — alla norma interna, di coscienza, del sanitario o dell'esercente attività ausiliarie che ritenga eticamente illecito l'aborto, obbligando di conseguenza *solo* chi non è offeso dalla norma esterna, nella misura in cui ritiene l'interruzione volontaria della gravidanza un fatto eticamente lecito o quantomeno neutro».

<sup>34</sup> S. BERLINGÒ, *Ordine etico e legge civile: complementarità e distinzione*, cit., 237 s. Penso, in questo caso, al Testimone di Geova, adulto e consapevole, che, per motivi religiosi, non si vuol sottoporre alla trasfusione del sangue, anche se da questa deliberata omissione dovesse derivarne la sua morte. «Non a caso in tutte le realtà, che si ispirano ai modelli eurooccidentali di organizzazione politica - anche in quelle più ostiche ed impermeabili all'istituzione concordataria - la *ratio* di quest'ultima, ossia la "concordia" nella complementarità-distinzione, (anche senza concordati), è sostanzialmente sempre perseguita o ritenuta punto di riferimento, nella consapevolezza che solo così può sfuggirsi agli estremi ugualmente illiberali (e dunque non laici) del separatismo assoluto o del puro concordismo»: S. BERLINGÒ, *Laicità e concordato*, cit., 7.



commissione di efferati delitti - quando la «legge» particolare del gruppo d'appartenenza impone, per esempio, lo svolgimento di atroci riti d'iniziazione pseudoreligiosa, come quello delle mutilazioni genitali. In casi del genere occorre utilizzare tutti i mezzi (anche *hard*) che la democrazia giuridica oggi mette a disposizione, per tutelare massimamente la dignità della persona umana, le cui offese sono incompatibili con qualunque messaggio autenticamente religioso<sup>35</sup>.

## 9 - La rilevanza ultranazionale dei diritti umani

A me pare che il sistema delle fonti di diritto ecclesiastico mostri connotazioni tipiche del *soft law* anche quando si considerano altre due tematiche tra loro affini: la rilevanza ultranazionale dei diritti umani e l'efficacia nomofilattica della giurisprudenza costituzionale. Entrambi tali fenomeni non appaiono dotati delle vesti formali di fonti del diritto, e ciò è del resto tipico del *soft law*, ma certamente stanno acquisendo

---

<sup>35</sup> Insomma, se appare ancora legittimo che un Testimone di Geova, adulto e consapevole, non si sottoponga alla trasfusione del sangue, anche se da questa deliberata omissione dovesse derivarne la sua morte, non è assolutamente ammissibile, anzi va strenuamente combattuta, l'aberrante usanza di praticare l'infibulazione, e bene ha fatto, pertanto, il legislatore a vietarla: v. legge 9 gennaio 2006, n. 7, recante «Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile», sulla quale v., da ultimo, **C. CIOTOLA**, *La legge sul divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*, in *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., 333 ss., cui *adde* **R. BALBI**, *Diritto ed esigenze di una società multiculturale e multireligiosa: premesse introduttive*, cit., 32 s., che ritiene opportuno «fermarsi ad individuare tutte quelle disarmonie della coesistenza che, implicando soprattutto la violazione di diritti fondamentali, richiedano indubbiamente meccanismi repressivi, peraltro ampiamente previsti, senza pensare minimamente ad alcuna legislazione speciale. Di fronte a determinate norme di condotta si dovrà ricorrere alla sanzione penale con rigore, ma anche con meditata prudenza, perché qualunque intervento repressivo va a toccare una realtà in cui non è sempre facile distinguere le miserie della vita quotidiana dalle genuine manifestazioni della sostanza spirituale dell'uomo». In proposito **S. PRISCO**, *Intervento nella tavola rotonda di presentazione al volume "Il multiculturalismo nel dibattito bioetico"*, in *Diritto e Religioni*, 2006/1-2, 483, afferma: «La doverosa flessibilità culturale degli ospitanti verso gli ospitati deve fare i conti con un progetto esigente di persona e di società, qual è consegnato alle tavole assiologiche, non certo obsolete, della Costituzione repubblicana e perciò, ad esempio, rifiutarsi di legittimare pratiche di mutilazione genitale femminile, quantomeno sulle minori (ma la precisazione è in realtà ultronea, perché esse vengono in genere eseguite appunto nell'età infantile)». Ma su quest'ultimo punto v. le considerazioni di **P. CONSORTI**, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, cit., 230 ss., nonché di **C. PINELLI**, *La ricerca della giusta distanza e la prospettiva del diritto interculturale*, in *Daimon*, 2008/8, 90 ss.



sempre più il ruolo di fattori propulsivi nel processo dinamico della giuridicità. Ciò si nota soprattutto in ambiti particolarmente sensibili e delicati come quello della libertà di coscienza o della tutela dei minori e degli stadi di vita non sorretti da autodeterminazione (come quelli in cui versano embrioni, anziani, handicappati, malati terminali, ecc.)<sup>36</sup>. Con riferimento specifico alla classica tematica del diritto ecclesiastico, la libertà di coscienza, ricordo che è uno dei diritti umani più vulnerabile e costantemente oggetto di molteplici interessi, a volte solo apparentemente tutti rivolti alla sua tutela, mentre spesso alcuni dissimulano mai sopite istanze di potere e prevaricazione. Invero, oggi, persino un dittatore non oserebbe, a parole, conculcare la libertà di coscienza, mentre si hanno spesso notizie di prassi che coartano una così rilevante esigenza della persona umana (pulizie etniche, genocidi, torture, carcerazioni senza processi, ecc.)<sup>37</sup>. Nel settore sociale cercano attivamente di contrastare tale deplorable prassi, da un lato, la coraggiosa attività di gruppi d'impegno culturale e filantropico, come ad esempio *Amnesty International* o altre organizzazioni non

---

<sup>36</sup> Su questi temi, più recentemente oggetto di studio da parte della dottrina ecclesiasticistica, si consenta il rinvio a **F. FRENI**, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso. Questioni di bioetica, codici di comportamento e comitati etici*, Milano, 2000. In particolare, con riferimento all'autodeterminazione, elevata a dogma dai fautori della (bio-) etica laica, e sintetizzata con l'opzione *pro choice* (in contrapposizione all'opzione giusnaturalistica *pro life*), **G. MARRAMAIO**, *Cosmopolitismo della differenza. Il diritto dopo Babele*, cit., 60 s., ritiene che «la libertà è una parola vuota se viene intesa come mera libertà di scelta. La categoria di *scelta*, intesa come espressione di una "preferenza", appare ormai seriamente pregiudicata dalla sua sempre più pervasiva accezione mercantile: si è di conseguenza indotti a credere che la scelta del proprio "piano di vita" sia in tutto e per tutto analoga alla scelta di un capo griffato o di un hamburger nell'emporio globale. Di ordine qualitativamente diverso è invece la decisione consapevole - libera e responsabile - che permette alla singolarità di una donna o di un uomo di svilupparsi: non può essere una *rational choice*, per la semplice ma decisiva circostanza che include in sé la dimensione relazionale degli affetti e dell'emotività».

<sup>37</sup> **G. BERTI**, *Stratificazioni del diritto e crescita del potere*, cit., 294 s., afferma: «Se dovessimo fare un paragone tra le organizzazioni politiche dell'antichità medioevale e quelle dello Stato nazionale o territoriale, nel quale ci troviamo ancora immersi, pur proteso, come esso è, a processi di internazionalizzazione o di nuove associazioni e rapporti di tipo globale, ci troveremmo ad osservare che il diritto, indipendentemente dalle forze che lo producono o lo impongono, è sempre stato chiamato a regolare, e quindi a limitare, le potestà dei detentori della forza politica: non è difficile rendersi conto del gioco molto spesso sottile e pur complesso con il quale politica e diritto si sono affrontati lungo la storia dei popoli. [...] Il diritto [...] ha una debolezza intrinseca e la storia dimostra in mille modi che il potere politico è sempre riuscito ad approfittare di certi punti di debolezza dell'orditura giuridica per farsene a sua volta appannaggio, garanzia, oppure addirittura elemento di legittimazione, o, peggio ancora, di rafforzamento».



governative (O.N.G.), e, dall'altro, la istituzionale e bimillenaria missione della Chiesa, rivolta per mandato divino alla salvezza dell'uomo *magis et integre* considerato. Nell'ambito tipicamente giuridico - ove ancora forti sono le resistenze statali a superare la concezione di una comunità internazionale basata sulla forza e sul criterio di effettività (*hard law*), che mantiene un ordine mondiale imperniato sul nostalgico concetto di Grandi Potenze - le uniche voci che si levano fermamente contro questi crimini dell'umanità promanano da due tipiche postazioni di *soft law*: i documenti di organismi internazionali o sovranazionali e le pronunzie della giurisprudenza costituzionale.

I primi sono, per lo più, atti di tipo multilaterale come accordi o dichiarazioni di principi o carte dei diritti fondamentali, ed ancora raccomandazioni, orientamenti, pareri, istruzioni: tutti questi strumenti giuridici risultano dotati di un variabile grado di *softness*. «Il ricorso al *soft law* si pone, infatti, come modalità fluida e flessibile da utilizzare di fronte alla barriera costituita dalla difesa dei propri interessi da parte degli Stati, gelosi custodi delle loro sfere di sovranità, e, pertanto, all'impossibilità di adottare una regolamentazione vincolante, dotata del carattere dell'universalità. Qui, la riuscita dell'impresa del diritto internazionale, volta a rendere effettiva la propria pretesa regolativa in relazione agli scopi comuni da realizzare, richiede, intenzionalmente e funzionalmente, l'adozione di atti, esprimenti principi e programmi, caratterizzati dalla non vincolatività, destinati ad incidere nei singoli ambienti nazionali, oltre che nel contesto globale, e che possono essere via via recepiti, ad esempio, in disposizioni convenzionali e dettagliate, ma anche costituire la base di partenza per la formazione di consuetudini internazionali. Tale diritto, così, tende a caratterizzarsi come un ordine a normatività graduata, in grado di recepire il contributo dei vari soggetti che popolano la scena globale e le molteplici forme di presenza giuridica che essi manifestano, rispondendo dinamicamente agli sviluppi che incessantemente si producono. In questo quadro, l'utilizzazione di forme di *soft law* gioca un ruolo non secondario nell'edificazione di un diritto uniforme a livello transnazionale»<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., 6. In proposito G. DALLA TORRE, *La città sul monte*, cit., 145, afferma che «il declino progressivo, ma inarrestabile, della forma di organizzazione della comunità politica che convenzionalmente si chiama "Stato moderno" [...] provoca una riduzione della sovranità statale a vantaggio di altre sovranità, una riduzione delle pretese di esclusività del diritto statale rispetto ad altre espressioni di diritto positivo: basti pensare alle più recenti evoluzioni del c.d. diritto internazionale privato, segnate da



Mi pare che tale fenomeno si stia manifestando già oggi in Europa, perché - nonostante l'altalenante processo di unificazione europea (basti pensare alle alterne vicende che si sono recentemente verificate da Maastricht a Lisbona) - si è inesorabilmente innescata una tendenza evolutiva del diritto del vecchio Continente volta a pluralizzare il sistema delle fonti in base al parametro della competenza (orizzontale), integrando il più tradizionale principio gerarchico (verticale)<sup>39</sup>. Invero, i più recenti tentativi, parzialmente falliti, di

---

una apertura degli ordinamenti statali, in luogo delle chiusure di un tempo». In tale contesto va segnalata l'opinione di **M. TEDESCHI**, *L'interpretazione delle norme di diritto ecclesiastico*, cit., 268 s., secondo cui, per i nostri operatori giuridici, «i riferimenti alle altre Carte Costituzionali e alla loro evoluzione storica appaiono comunque insopprimibile, per cui occorre aprirsi anche a modelli interpretativi diversi che spezzano quelli rigidamente configurati nelle preleggi. Solo attraverso una tale cooperazione è possibile dare una maggiore rilevanza agli aspetti consuetudinari e giurisprudenziali, tipici dei sistemi di *common law* con i quali siamo costantemente in rapporto in ambito internazionale e comunitario. Sarebbe necessario, infatti, prendere in debita considerazione anche quelle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo sulle minoranze religiose, i diritti di libertà, e i rapporti tra le confessioni e i singoli ordinamenti». L'A., *ibidem*, 274, aggiunge che «attraverso i riferimenti internazionalistici l'interpretazione si apre anche a tecniche interpretative diverse, si sprovvincializza, tenta di assurgere a regola generale, inter-ordinamentale oltre che inter-disciplinare. Il rinvio a diritti stranieri si fa attraverso le norme di diritto internazionale privato; quello alle norme internazionali o confessionali è diverso e consente all'interprete un maggiore ambito operativo dal momento che tali norme non sono nate nel nostro ordinamento ma fanno capo a sistemi giuridici diversi. Ciò può indurre l'interprete a creare nuove tecniche interpretative, a rinviare, come nel caso dei contratti internazionali, a fori o sistemi elettivi convenzionali, validi solo per regolamentare specifici e circostanziati interessi e pertanto non di carattere generale. Diversamente, ci troveremo di fronte a veri e propri vuoti di legge». In proposito **A. FUCCILLO**, *La multireligiosità tra possibile "normazione" ed ipotetica "autonormazione"*, cit., 280, segnala «le sempre più diffuse teorie ermeneutiche sul cd. *diritto fluttuante*, o sul cd. *diritto liquido*, che sostanzialmente, con felice sintesi metaforica, si sforzano di definire l'opera di conformazione, sotto il profilo operativo concreto, di principi comuni all'interno anche di sistemi diversi». Cfr. Cass. Civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748 (in *Giust. Civ.*, 2007, I, 2366 ss., con nota redazionale), che, come si ricava dalla massima, afferma: «In tema di interpretazione della legge, all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi - tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica - una funzione ausiliaria sul piano ermeneutico: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme».

<sup>39</sup> Sembra opportuno riportare in questa sede le lucide riflessioni di **G. BERTI**, *Stratificazioni del diritto e crescita del potere*, cit., 300 s.: «Lo stratificarsi dei poteri, la loro convivenza, sia pure su piani diversi e con differenti modalità di presa e di disciplina, può lasciare spazio alle libertà e ai diritti delle persone allo stesso modo che questo può invece essere limitato e ridotto da una separazione formale dei poteri all'interno di uno Stato nazionale. La stratificazione del potere impedisce, per vero, quell'ordine



costruire una tavola di valori giuridici comune a tutti i numerosi e differenti Paesi dell'Unione europea, dimostrano come non possa non essere ricercato un saggio equilibrio fra norme comuni e norme particolari<sup>40</sup>.

---

gerarchico delle fonti del diritto, vale a dire quell'ordine della produzione giuridica che, secondo gli illuministi francesi, dovrebbe assicurare la libertà dei cittadini. Occorre però che ci sia stratificazione e quindi pluralità. Oggi si sta tornando ad una scena mondiale, nella quale i poteri politici si sono portati fuori dallo spazio della sovranità territoriale e sembra rinascere il grande gioco di economia e politica su scala globale, e i poteri degli Stati vengono a subire il limite della pluralità dei poteri e delle politiche, dall'ordine internazionale, a quello sopranazionale, alle organizzazioni federali e regionali, comunali, sociali e comunitarie delle più varie specie. Non si può dunque presentare ancora la sovranità nazionale e la connessa politica degli Stati come il punto di riferimento e di confronto delle libertà e dei diritti dei cittadini. Anzi, la *cittadinanza* ha assunto le specie di una sudditanza cangiante, non destinata a modificarsi, ma ad assumere valenze in ragione delle diverse aree economiche, commerciali e della comunicazione nelle quali ciascuno di noi finisce per ricadere, venendone preso, condizionato e talora costretto e diminuito nelle sue stesse *chances* di attività o solo di presenza nel mondo. La profonda alterazione dello *status* di cittadino la si riscontra del resto proprio nella pluralizzazione delle cittadinanze e quindi dell'intimo rapporto tra la garanzia delle libertà e l'identità nazionale, nonché nella disordinata pluralizzazione delle fonti di produzione del diritto».

<sup>40</sup> In proposito **F. VECCHI**, *La «reazione giuridica» alla multireligiosità: sintesi tra momento formale e naturale del diritto*, cit., 428 afferma: «I temi di sfida emergenti dalla «reazione giuridica» al fenomeno confessionale tendono ad essere tratti dal diritto comunitario nelle leggi nazionali in un'Europa multiculturale che stenta a riconoscersi in una Carta costituzionale unitaria. Tale difficoltà è il segno autentico di un passaggio incompiuto del pensiero giuridico europeo da una morale confessionale ad una morale sociale laicizzata. È l'indizio preoccupante che «la libertà religiosa è divenuta il paradigma della libertà di coscienza», ma è anche il segno dell'incapacità della «reazione giuridica» - anche la più «illuminata» - ad esaurire in norme il destino trascendente dell'uomo». Peraltro, «se si guarda alla storia, il «modello europeo» - che, anzi, andrebbe meglio definito «euromediterraneo» - non si presta, non si è mai prestato, a «congelare le differenze, come se venissero dall'eternità e fossero destinate a restare (tali, diabolicamente) in eterno, ma (a) fare in modo che interagiscano sulla base di un rapporto di reciproco riconoscimento». Dimostrare che è possibile «convivere e collaborare pacificamente senza cancellare le differenze, ma anzi valorizzandole in quanto differenze», rimane tuttora il valido messaggio universale dell'Europa e del suo diritto»: **S. BERLINGÒ**, *Alla riscoperta della laicità, in Europa*, cit., 268, che cita **A. CAVALLI**, *Il messaggio universale dell'Unione europea*, in *Il Mulino*, 2000, 629 ss. Cfr., da ultimo, **S. BERLINGÒ**, *Diritto interculturale: istruzioni per l'uso di un ecclesiasticista-canonista*, cit., 48, nonché **R. SANTORO**, *Appartenenza confessionale e diritti di cittadinanza nell'Unione Europea*, Bari, 2008. Per un esame della giurisprudenza della Corte di Strasburgo volta alla progressiva definizione di uno statuto della laicità per l'Europa, si veda **M.G. BELGIORNO DE STEFANO**, *Le radici della laicità dello Stato*, in *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., 46 ss. Sulle conseguenze della globalizzazione nella politica economica degli Stati, che ha condotto alla diluizione



In questa direzione può apparire illuminante, *mutatis mutandis*, il sistema giuridico medievale denominato *Respublica gentium christianarum*. In questa c'era un'unitaria comunità politica di diversi popoli, integralmente orientata al perseguimento dei fini cristiani, ove persino l'unificatrice volontà dell'imperatore tendeva a difendere la Chiesa, e conferiva al Sacro Romano Impero i caratteri (*hard*) di uguaglianza, rigidità, chiusura, assimilazione, sovranità, esclusività: basti pensare che i non correligionari (gli infedeli non cristiani) rimanevano fuori dai confini dell'Impero. Tuttavia, all'interno di questa unitaria comunità politica c'era una serie di ordinamenti giuridici medievali tipici di ciascun popolo, che rispecchiava l'eterogeneità di queste genti con riferimento alla lingua, usi, tradizioni, diritto, e che conferiva all'intero sistema gli immancabili elementi (*soft*) di diversità, pluralismo, flessibilità, apertura, inclusività, adattività<sup>41</sup>.

---

della sovranità nazionale, ed ora a rigurgiti di protezionismo per fronteggiare l'attuale crisi economica globale, si veda **S. SASSEN**, *Territorio, autorità, diritti*, Milano, 2008.

<sup>41</sup> «Nell'esperienza giuridica dell'Europa medievale esisteva un diritto comune con funzione suppletiva; ma il ruolo che in esso svolgeva l'elaborazione giurisprudenziale vi aveva un'importanza decisiva, sicché la rilevazione delle carenze del Digesto non induceva i giuristi a parlare di lacune, data la praticamente illimitata possibilità di ricorso all'analogia, alla *extensio legis*, o all'equità, al diritto naturale, alla ragione (tutti concetti mediamente o immediatamente connessi con l'idea di Dio) allo scopo di integrare l'ordinamento»: **M. CORSALE**, *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1973, 268, citato da **S. BERLINGÒ**, *Lacuna della legge*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), febbraio 2008, 5, che così prosegue: «Per quel che concerne gli organismi della *polis*, una volta venuta meno la tela di fondo rappresentata da un *milieu* valoriale e culturale globalmente condiviso, l'integrità dell'ordinamento si è potuta ricomporre solo con riferimento ad un quadro più delimitato, coincidente, volta a volta, con le singole e specifiche identità nazionali». Cfr. altresì **S. BERLINGÒ**, *Laicità e concordato*, cit., 2 s.; **A. CHIRICO**, *Aspetti giuridici e religiosi dell'immigrazione in Europa*, in *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., 315 anche in nota 27, e **C. PINELLI**, *La ricerca della giusta distanza e la prospettiva del diritto interculturale*, cit., 75, che in nota 17 cita **A. FOA**, *Le radici meticce dell'Europa*, in **AA.VV.**, *Le ragioni dei laici*, Bari, 2005, 152 ss., «la quale, senza negare che "la religione dell'Europa sia, o sia stata, il cristianesimo", mostra come anche nelle fasi di monolitismo religioso più intollerante la società europea sia stata attraversata da profondi conflitti, al punto da dar luogo a "una Chiesa stessa meticciosa"». **G. BERTI**, *Stratificazioni del diritto e crescita del potere*, cit., 304, afferma: «Come nel Medioevo, la lotta fra il potere politico e l'economia torna così a generare incertezze, casualità, particolarità di relazioni e infine una riduzione sempre più evidente e marcata dell'autorità che si manifesta nel disordine delle fonti di produzione del diritto, nel sovrapporsi l'una all'altra, quasi indipendentemente dall'origine e dalla matrice di ciascuna categoria di esse, nella contrattualizzazione delle procedure, nella sostituzione della giustizia ufficiale con la giustizia messa in piedi o di volta in volta, o per gruppi di materie e di interessi dai contendenti (arbitrati, procedure ed autorità extragiudiziarie (ADR) negli Stati Uniti ed in Europa, ecc.)».



Anche oggi, mi sembra, che l'Unione europea debba pionieristicamente seguire una via analoga a questa: certo, l'elemento unitario non potrà più essere la religione (cristiana o altra), a fronte del pluralismo religioso ormai consolidato e del connesso affermarsi del carattere laico della comunità politica, ma sarà necessario assegnare un ruolo centrale ed unificante ad un *ethos* imperniato sulla massima valorizzazione della dignità della persona umana. Usando una metafora agricola si potrebbe dire che su questo terreno potranno essere tracciati i solchi dalle diverse cooperative di contadini, che ciascuna riempirà con le proprie sementi, per cogliere infine tante specie di frutti, ma tutte saranno accomunate dallo stesso criterio assiologico ispiratore del lavoro umano: il *sensus personae*<sup>42</sup>. Pertanto, pur salvaguardando l'identità di ogni Paese membro, ed anzi assegnando il giusto rilievo ai patrimoni culturali e spirituali presenti anche a livello sub o infra nazionale, così da produrre una pluralità di ordinamenti *particolari* fondati su specifiche etiche (*soft law*), occorrerà altresì approntare un assetto giuridico forte che, cogliendo le più fluide energie promananti dai suddetti diritti personali, determini a livello transnazionale una sicura e *generale* garanzia per l'esplicazione della personalità umana. Quest'ultimo ordinamento giuridico *generale* non dovrà, quindi, essere ipostatizzato, in sé chiuso, perfetto, compiuto, immutabile, statico, bensì dovrà essere in perfetta coesione osmotica con gli ordinamenti *particolari*, in modo che possa effettuarsi costantemente uno scambio bidirezionale di *inputs*, grazie anche proprio ai tipici strumenti di *soft law*, che conferiscono al sistema gli immancabili elementi di flessibilità, apertura, adattività, dinamicità<sup>43</sup>. In

---

<sup>42</sup> «L'impiego di metafore è un uso ricorrente nell'esposizione degli enunciati e nella ricostruzione concettuale e linguistica di un'esperienza giuridica. La loro forza evocativa risulta particolarmente proficua per una scienza pratica qual è il diritto [perché] questo profilo più di altri si presta ad assicurare plasticità alle nozioni giuridiche»: S. BERLINGÒ, *Lacuna della legge*, cit., 1. Lo stesso A., *ibidem*, 7, utilizza una metafora: «come un apparato retinico può essere strutturalmente integro, e però non funzionare per un difetto di collegamento col sistema nervoso, allo stesso modo un ordinamento formalmente vigente e valido può presentarsi deficitario dal punto di vista della sua effettività, perché non adeguatamente "innervato" quanto al profilo assiologico».

<sup>43</sup> «L'aspirazione costituzionale per una funzione legislativa che si imbeva di un rapporto osmotico con le articolazioni più vive della società civile, e con l'*ethos* che da questa è condensato, si può cogliere già nell'articolo 5 della Costituzione, soprattutto in quella parte finale, spesso trascurata, che impegna la Repubblica ad adeguare "i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento". Già Aldo Moro, autorevole costituente, aveva, nel suo corso di filosofia del diritto, ricondotto il diritto non ad "una fonte normativa autonoma, posta, non si sa dove, nella vita dello spirito pratico. Non è una mostruosa ed onnipotente volontà dello Stato, forte nel



questa organizzazione giuridica composita ma unitariamente orientata al *sensus personae*, gli Stati, quindi, non possono essere più gli unici protagonisti assoluti della giuridicità, perché devono riconoscere la sovranità della persona umana e far rispettare i suoi diritti inviolabili. Allora, qualunque gruppo di soggetti che conferisce utilità al sistema diventa, insieme allo Stato, legittimo coproduttore di diritto, sia nella versione «concordataria» o «bilaterale» o *particolare*, cioè vigente solo per i suoi appartenenti, sia nella versione di collaborazione, assieme alle altre formazioni sociali ed alle istituzioni civili, nella produzione del diritto *generale* (negoiazione normativa).

In conclusione, la rilevanza ultranazionale dei diritti umani è la strada maestra che consente di assegnare sempre ed ovunque lo stesso massimo grado di protezione al valore della persona umana, perché non è più possibile attribuire a quest'ultima un riconoscimento diversificato in base alla latitudine. In altri termini, la dignità dell'uomo deve essere uguale indipendentemente dai confini nazionali e deve essere sempre la massima possibile, non consentendosi quindi una tutela discriminante basata su una frammentazione di matrice geopolitica. Naturalmente, per conseguire questo obiettivo occorre «smarcare i diritti umani di libertà dall'egida prettamente individualistica ed illuministica, con cui troppo spesso sono propugnati; e [...] incrementare il tasso di universalità e di condivisibilità transculturale»<sup>44</sup>. Insomma, i diritti inviolabili dell'uomo,

---

*comando (...) Esso è nelle sue linee essenziali un momento della vita morale, il quale può realizzarsi nei più diversi ambiti sociali con mutamento di caratteristiche accessorie, ma restando intatta la sostanza".* Si coglie da queste parole la tensione per un diritto che promani dalla "normatività" del corpo sociale, di cui le formazioni sociali sono insieme ingrediente strutturante e collante. Non per caso, in Assemblea Costituente vi fu un tentativo, sfortunato quanto significativo, il cui fallimento è tutt'oggi pagato con l'insoddisfazione che avvolge le *performance* del nostro bicameralismo, di rendere una camera del Parlamento rappresentativa delle formazioni sociali»: **F. PIZZOLATO**, *Regioni e confessioni religiose: quale spazio per il principio di sussidiarietà?*, in *exLege*, 2007/4, 107 s., che cita **A. MORO**, *Il Diritto. Lezioni di Filosofia del diritto tenute presso l'università di Bari. Appunti sull'esperienza giuridica: lo Stato 1946-1947*, Bari, 1978, 143.

<sup>44</sup> **S. BERLINGÒ**, *La «iusta libertas» dei laici e la fondazione del diritto secolare*, in AA.VV., *Teologie politiche. Modelli a confronto*, a cura di G. Filoramo, Brescia, 2005, 259. L'A., *L'ultimo diritto*, cit., 237 s., ritiene, addirittura, «che il futuro destino del (l'intero sistema culturale del) diritto dipenda dal movimento inteso a far avanzare la qualità e l'intensità di tutela» dei diritti inviolabili dell'uomo. In questa prospettiva, «può ritenersi auspicabile preconizzare la nascita e il consolidamento di un "costituzionalismo mondiale", con il connesso distacco dei diritti umani da ogni tipo di contingente "privilegio" e con l'universale loro imputazione all'umanità tutta intera, senza residui o eccezioni di *status*». L'A. avverte, peraltro, che tale universalizzazione potrà essere percepita «senza gravi difficoltà a tutte le latitudini, dalle generazioni presenti o avvenire e dai popoli che vanno via via emergendo», solo



e segnatamente la libertà religiosa, non devono essere più considerati come una serra in cui ogni «famiglia» culturale coltiva, gelosamente ed egoisticamente, il proprio orticello in isolamento, riparandolo dagli agenti atmosferici perturbatori provenienti da una società globalizzata considerata ostile; viceversa i diritti umani devono, oggi, rappresentare una «finestra sul mondo» attraverso cui ognuno, singolarmente e/o con il gruppo cui appartiene, si affaccia in libertà sul variopinto giardino dell'intera umanità e contribuisce, insieme agli altri, a migliorarlo, fornendogli ulteriori sfumature di colore, rendendolo cioè più vivo e più sociale<sup>45</sup>.

---

se non si continueranno ad utilizzare parametri «mondialatinizzanti», ossia se cadrà un certo imperialismo culturale dell'occidente di matrice individual-capitalistica. Insomma, i diritti umani da codificare in questa costituzione planetaria dovrebbero essere declinati in un crogiuolo interculturale, favorito da una predisposizione (istituzionale) dei vari sistemi giuridici al confronto con le diverse visioni complessive del mondo e della vita. Lo stesso A., *Il «cammino» e le «radici»: riflessioni su di una «nuova» missione della «vecchia» Europa. A proposito di un libro recente*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2005/2, 361 ss., ribadisce che «gli stessi diritti umani, in questa prospettiva, hanno finito col caricarsi dell'impropria bardatura di "prodotti" da esportare, magari anche da imporre (e non solo con le armi della propaganda), per di più assumendo l'impronta marcatamente individualistica e libertaria, tipica delle riserve più opulente delle civiltà occidentali; e quindi replicandosi secondo un'inflessione inidonea ad esprimere la loro primigenia caratura universale e la loro carica di valori condivisibili da tutti gli uomini». Ed ancora: «la declinazione dei diritti umani fondamentali capace di costituire il punto di riferimento comune per i valori-guida di una nuova *governance* planetaria non può essere monocorde e unilaterale», ma di «matrice transculturale». Insomma, «se saremo in grado di volgere uno sguardo meno viziato da pregiudizi ad altri contesti di esperienza, ci accorgeremo dell'esistenza in altre regioni del mondo di definizioni della libertà e della dignità della persona altrettanto nobili, o in ogni caso non meno rispettabili, delle nostre»: G. MARRAMAO, *Cosmopolitismo della differenza. Il diritto dopo Babele*, cit., 60. In tema si può vedere C. CARDIA, *Genesi dei diritti umani*, Torino, 2005<sup>2</sup>. Sembra, infine, opportuno segnalare in questa sede che il Prof. Cardia ha coordinato un Comitato scientifico, di nomina ministeriale, che ha elaborato la *Carta dei valori, della Cittadinanza e dell'Integrazione*, documento presentato dal Ministro dell'Interno il 23 aprile 2007.

<sup>45</sup> G. DAMMACCO, *Multiculturalismo e mutamento delle relazioni*, in *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., 83, afferma: «Integrare l'alterità è fenomeno che appartiene alle dinamiche sociali, attivate come manifestazioni critiche di una società che si autocomprende nella sua dimensione evolutiva. In questa dimensione, il riconoscimento della alterità e dei differenti patrimoni tradizionali e religiosi, che si appartengono alle differenti comunità, le quali coabitano per destino storico e politico in uno stesso territorio, diventa un atto politico imprescindibile per un sistema sociale alla ricerca delle regole cui orientare la convivenza tra i diversi soggetti e il temperamento tra i diritti dei singoli e il diritto della società. La società multiculturale (che differisce dalla società multi-etnica), infatti, deve essere in grado di predisporre quegli strumenti necessari ad assicurare lo sviluppo diffuso, la crescita del Paese e l'arricchimento reciproco, pur transitando per una fase di conflittualità. La



## 10 - La giurisprudenza costituzionale

Quanto alla giurisprudenza della Corte costituzionale, sembra che questo supremo organo di giurisdizione partecipi, insieme alla più recente ed attenta dottrina ecclesiasticistica, ad una corsa a chi dei due è più bravo ad indicare congrue modalità di giuridificazione delle libertà civili, e segnatamente di quella religiosa<sup>46</sup>. Questi due protagonisti della giuridicità si impegnano, cioè, nel tentativo di colmare quelle lacune normative che la perdurante inerzia del legislatore contribuisce ad incrementare. Evidentemente, questo sforzo, quando è condotto autonomamente dalla giurisprudenza, non può essere un'alternativa creazione di diritto cogente, perché altrimenti si lederebbe il democratico principio di separazione dei poteri, nonché la tipicità del

---

vera coscienza della propria identità culturale e delle caratteristiche di diversità, che costituiscono la specificità propria e unica, consente ai singoli componenti del sistema sociale di vivere il cambiamento e di comprendere lo sviluppo delle dinamiche sociali, politiche, economiche, giuridiche, culturali in uno spirito di solidale cooperazione e nella consapevolezza di un protagonismo tipico e non secondario».

<sup>46</sup> Si segnalano: **AA.VV.**, *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di R. Botta, cit., edito dall'E.S.I. e celebrativo dei cinquant'anni di attività della Corte; **A. ALBISETTI**, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, nelle tre edizioni della Giuffrè; **M. CANONICO**, *Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'evoluzione del diritto ecclesiastico*, pubblicato per i tipi della Giappichelli; ed i due volumi di **S. DOMIANELLO**, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica*, editi dalla Giuffrè, nel secondo dei quali si legge, aprendo il saggio introduttivo *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia ecclesiastica: vantaggi e rischi del passaggio dalla 'copertura' delle fonti a quella dei valori*, 3, che la giurisprudenza costituzionale prodotta nel decennio 1987-1998 «negli svariati settori di rilevanza giuridica del fenomeno religioso sembra far registrare un mutamento prospettico che, ben utilizzato, potrebbe rivelarsi, negli anni a venire, di notevole interesse per la realizzazione e lo sviluppo democratico del patrimonio di valori posto dal nostro costituente alla base del diritto ecclesiastico repubblicano». L'A. chiarisce (7) che l'operato della Corte preso in considerazione «rivela la tendenza a spostare il baricentro del nostro sottosistema - e con esso la 'cura' del giudice della legittimità delle leggi - dalla copertura delle fonti di necessaria derivazione bilaterale alla *giuridicizzazione dei valori* posti a fondamento democratico della tutela statutale del fenomeno religioso». Sulla relazione tra i giudici e i «cultori delle discipline giuridiche nell'ambito della ricerca, **M. RICCA**, «*Multireligiosità*», «*multiculturalità*», «*reazioni dell'ordinamento*». *Tre segnavia per il diritto interculturale*, in *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., 170, afferma: «Se i giudici hanno bisogno di narrazioni contestualizzanti che li guidino nella comprensione dei *gesti* dei soggetti di diritto *eterocolti*, allora ai ricercatori spetta il compito di appontare gli strumenti e prima ancora le categorie cognitive per fornire ai giudici itinerari di educazione giuridica multiculturale ed interculturale».



nostro *civil law*<sup>47</sup>, ma più semplicemente rappresenta il tentativo di ricavare, per la specifica fattispecie, una soluzione che radichi sempre sulle stesse «*rationes* ispiratrici presenti nelle regole di scopo costituite dai *principi fondamentali* o generate dai *principi supremi* dell'ordinamento»: attività di nomofilachia dei giudici<sup>48</sup>. Ed in questa

---

<sup>47</sup> In proposito **M. TEDESCHI**, *L'interpretazione delle norme di diritto ecclesiastico*, cit., 268, avverte che «si deve essere però molto cauti nel riguardare le sentenze additive o interpretative della Corte Costituzionale tra le fonti del diritto perché, nonostante i tentativi dottrinali in tal senso, il nostro non è un diritto giurisprudenziale». Del resto, è sempre incombente «negli stessi sistemi di *common law*, l'evenienza dell'*over-ruling*; ed inoltre gli interventi "creativi" o "costruttivi" della giurisprudenza si replicano spesso, non solo e non tanto per il connaturale difetto di concretezza delle previsioni di legge, quanto perché dette previsioni vengono superate oppure oscurate dal sopraggiunto o persistente dissenso o "plurisenso" dei consociati, che è sempre più difficile ricondurre ad un *idem sentire*»: **S. BERLINGÒ**, *Lacuna della legge*, cit., 7. Dal canto suo **F. PERRONE**, *Diritto alla manifestazione del pensiero per gli appartenenti all'ordine giudiziario e «processo catodico»: cosa cambia con la riforma della deontologia giudiziaria*, in *Giust. Civ.*, 2007, II, 478, si rammarica del fatto «che la dialettica politica, da un lato, e i rapporti intercorrenti tra gli organi costituzionali, dall'altro, ormai sempre più drasticamente prescindano da un nucleo comune di valori condivisi, da quell'*idem sentire de re publica* che garantisce la persistenza, nella coscienza profonda di un popolo, della consapevolezza del bene comune. Si sente spesso parlare di primato del diritto, o di primato della politica. Ma fino a quando non si recupererà il senso del principio unificante che anticipa la dimensione del conflitto e nel quale il conflitto giuridico e politico possa ricomporsi, fino a quando non ci si rimpadronisca del senso autentico dell'ordine istituzionale inteso come *kòsmos*, o anche, più semplicemente, della valenza etica dalla quale l'operato di chi agisce, a qualsiasi titolo, "in nome del popolo" non dovrebbe prescindere, nessuna riforma legislativa, per quanto tecnicamente ineccepibile, potrà mai assicurare un reale recupero della legalità e dei principi di democratica convivenza, né la reale supremazia del diritto e della politica sul disordine e sulla violenza».

<sup>48</sup> **S. BERLINGÒ**, *Diritto canonico*, cit., 142. **M. RICCA**, «*Multireligiosità*», «*multiculturalità*», «*reazioni dell'ordinamento*». *Tre segnavia per il diritto interculturale*, cit., 168 s., afferma: «L'inerzia dell'ordinamento non è detto che sia inerzia del diritto. Applicare le stesse disposizioni, le stesse direttive normative a soggetti di altra cultura o religione determina notevoli reazioni [...] sul piano dell'effettività delle norme, del loro significato sociale, personale, psicologico. Inerzia vuol dire fingere che la diversità non ci sia, barricandosi dietro il valore formale dell'uguaglianza *di fronte alla legge*. Ma ciò vuol dire anche produrre risultati normativi che non sono quelli *standard*, cioè quelli preconizzati nelle prognosi di effettività che accompagnano la progettazione legislativa, le opzioni di nomofilachia operate ai più alti livelli di esercizio della giurisdizione, per non parlare poi dell'attività di controllo di legittimità costituzionale. Non sembri questo un discorso generico o astratto. Basti pensare alle ipotesi in cui un giudice deve trattare le aree soggette al cd. *soft law* o regolati per mezzo di *standard* valutativi vaghi o generici. Penso, ad es., ai comportamenti tra coniugi ed alla loro rilevanza in una eventuale fase di scioglimento del rapporto. Ancora, ai comportamenti dei contraenti rispetto agli *standard* di buona fede o di diligenza ed autoresponsabilità nella fase delle trattative precontrattuali. È



benefica gara tra giurisprudenza e dottrina, chi, purtroppo, continua a rimanere costantemente indietro, ancorato da mille zavorre procedurali e da un coacervo d'interessi contrastanti, è il legislatore, cioè il tipico produttore di *hard law*<sup>49</sup>. Prova ne è l'implementazione del ricorso alla delegificazione. Insomma, «il primato del diritto legislativo è insidiato ed eroso. La legge si pone sempre meno come espressione giuridica "esaustiva". La crisi della legislazione riguarda, sempre più, i suoi moduli di intervento nella società, che appaiono troppo rigidi e incapaci di seguire percorsi più articolati e complessi. Si sente, allora, il bisogno di liberare il concetto di diritto dal riferimento obbligato ad una struttura tipica, riconducibile al modello del comando, per dare ad esso un maggior spettro d'azione. La fonte legislativa risulta contaminata da nuove forme giuridiche, che si lasciano alle spalle valenze strettamente precettive. Le fonti si moltiplicano e si diversificano, si dispiegano in un arco variegato e mutevole, tendono a sfuggire da un ordine fisso di tipo gerarchico, trovando coordinamenti di tipo reticolare. All'indebolimento della capacità regolativa della legislazione fa

---

semplicemente enorme la quantità di *saputo culturale* che giace al disotto dei principi di lealtà, collaborazione, buona fede, affidamento, equità coinvolti sia nell'istituto matrimoniale, sia in quello contrattuale. Applicare simili *standard* normativi presenti nel diritto italiano senza tener conto degli orientamenti culturali degli attori sociali, della loro effettiva ed idiomatica competenza sociale, rischia di far confinare l'indifferenza dell'ordinamento italiano per la *differenza* di cultura con l'ingiustizia. Soprattutto con l'ingiustizia costituzionale».

<sup>49</sup> Il legislatore si è segnalato nella materia del diritto ecclesiastico persino per un insolito ed espresso collegamento ermeneutico fra la normativa bilaterale ed una pronuncia della Corte costituzionale: al punto 6 del Protocollo addizionale dell'Accordo fra Stato e Santa Sede del 1984 le Parti hanno convenuto che «la Repubblica italiana, nell'interpretazione del n. 3 - che non innova l'articolo 38 del Concordato dell'11 febbraio 1929 - si atterrà alla sentenza 195/1972 della Corte costituzionale relativa al medesimo articolo». Quindi, lo stesso potere legislativo eleva a fonte d'interpretazione (autentica) di una propria norma (bilaterale), un organo di un altro potere (giurisdizionale) dello Stato. Inoltre **S. FERRARI**, *Il diritto ecclesiastico e le stagioni della giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. Eccl.*, 2007, I, 31, denuncia altre malefatte del legislatore: «Le ultime intese che siano state seguite da una legge di approvazione sono state firmate nel 1993; la legge sulla libertà religiosa che doveva colmare il gap apertosi tra confessioni religiose con e senza intesa è stata di nuovo riposta in qualche cassetto della Commissione Affari costituzionali, dopo alcune severe valutazioni della Conferenza episcopale; la legge matrimoniale che doveva risolvere i problemi posti dall'art. 8 degli Accordi di Villa Madama è un ricordo del passato; testimoni di Geova e buddisti aspettano dal marzo 2000 che alle loro intese, del tutto inoffensive nei contenuti, sia data applicazione». Insomma, «dopo cinque secoli di statalismo giuridico, di culto della legge, di culto del Codice, di fiducia nelle virtù taumaturgiche del legislatore, tocchiamo con mano i difetti ed i limiti enormi di una siffatta impostazione»: **P. GROSSI**, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in *Itinerari culturali del diritto canonico nel Novecento*, cit., 25.



riscontro l'aumento della rilevanza di strumenti giuridici *soft*, morbidi, "fluidi", capaci di adattarsi a contesti diversi e di influenzare gli assetti presenti e futuri, restando pronti ad accogliere apporti ed input che arrivano *in itinere*. Così, in un universo giuridico affollato e molteplice - che mostra le caratteristiche di una struttura multipolare, di tipo orizzontale, "a rete", piuttosto che quella di tipo verticale, piramidale - la "morbidezza" ben esprime l'immagine di una normatività che, per alcuni versi, si allontana dalla stretta cogenza impositiva e sanzionatoria, per disporsi come un tessuto a maglie larghe che si lascia penetrare e integrare dalle opzioni dei vari soggetti giuridici. Ciò, ovviamente, non significa che la rete non abbia nodi, "noccioli duri", punti di rigidità, elementi caratterizzati da una normatività "forte". La Carta costituzionale, l'insieme dei diritti fondamentali, la legislazione relativa ai diversi settori ordinamentali, le norme internazionali e sovranazionali applicate, le regole procedurali, le sentenze giudiziarie costituiscono gli elementi resistenti della struttura giuridica. Essi convivono insieme agli elementi "elastici", talché i sistemi giuridici tendono vieppiù a configurarsi come insiemi complessi che presentano, nel contempo, livelli di c.d. *hard law*, caratterizzati da un'alta vincolatività, e livelli di c.d. *soft law*, caratterizzati dalla flessibilità connessa a esigenze difficilmente ingabbiabili entro schemi troppo rigidi»<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., 9 s. Con riferimento alle fonti del diritto ecclesiastico, G. CASUSCELLI, *Le fonti (pattizie) del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 45 s., rileva come la Corte costituzionale non abbia «potuto assolvere compiti teorico-ricostruttivi e prescrittivi che non erano di certo suoi, ma ha ugualmente formulato (in diverse forme, e con diversa "forza") principi, dettato regole, posto limiti che consentono di ricostruire per grandi linee non come il sistema delle fonti è, ma come *dovrebbe essere* ai fini di un giudizio di conformità a Costituzione». Più in generale, G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in *Storia d'Italia*, Ann. 14, *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante in collaborazione con L. Minervini, Torino, 1998, 947, nota come purtroppo si stenti «in Italia a trovare un terreno comune di intesa con molti leader politici e intellettuali sulla fondamentale acquisizione del costituzionalismo contemporaneo, che si può riassumere nell'opzione per la struttura tendenzialmente orizzontale-collegiale del potere, preferibile al modello collegiale-gerarchico, ancorché democraticamente legittimato, ormai da abbandonare senza rimpianti dopo gli orrori di Auschwitz e del Gulag». In proposito G. MARRAMAO, *Cosmopolitismo della differenza. Il diritto dopo Babele*, cit., 53 s., ritiene che «le carte - siano esse dichiarazioni di diritti fondamentali o costituzioni in senso proprio - rappresentano sempre, con differenti gradi di approssimazione, il condensato di specifiche dinamiche socioculturali. Lungi dal costituire un'astratta dimensione reale o una mera sovrastruttura ideologica, esse ci restituiscono, stando a quanto ci dicono gli approcci più recenti della storia giuridico-costituzionale, la traccia di processi reali: di conquiste e acquisizioni valoriali ottenute, a seconda dei casi, tramite aspri conflitti



In tale contesto la brillante opera ermeneutica della Corte costituzionale conduce «al crocevia in cui il tema delle fonti del diritto si intreccia con l'interpretazione»<sup>51</sup>. Invero, mutuando un'esperienza del diritto canonico, sembra a volte di poter individuare nel fecondo rapporto che lega i giudici costituzionali con la dottrina ecclesiasticistica un'attività non soltanto nomofilattica (cioè di mera produzione analogica volta a colmare una lacuna) ma anche nomopoietica. «È così possibile che il giudice si faccia interprete di interessi comunitariamente partecipati che, al di fuori di ogni vincolo istituzionale, risultano elaborati da opinioni o posizioni dottrinali [...] accolte o seguite nelle

---

o soluzioni di compromesso. Il caso, ad esempio, delle dinamiche di costituzionalizzazione presenti in Africa è quanto mai istruttivo, proprio in quanto quelle dinamiche paiono proiettarsi verso un superamento del modello continentale di dogmatica giuridica fondato su una gerarchia rigida delle fonti, dando luogo a una logica diversa, basata sulla circolazione infrasistemica di una pluralità di *issues*».

<sup>51</sup> **B. PASTORE**, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., 11. In proposito **S. FERLITO**, *Società multireligiosa e interpretazione normativa*, in *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., 144 s., rileva il deterioramento delle categorie fondative proprie del positivismo giuridico: «- 1) il tramonto o almeno la metamorfosi della sovranità, il cui corollario è la fine del monopolio statale nella produzione del diritto; - 2) l'appannamento del concetto di Stato-nazione; - 3) la dispersione, se non addirittura l'esplosione, della categoria delle fonti del diritto, che ha comportato la perdita d'identità del concetto stesso di fonte. [...] Tra gli effetti di ricaduta di questi sommovimenti tettonici» vi «è la fine della certezza del diritto (altro pilastro del diritto moderno), cui fa da inevitabile *pendant* la crescita del momento interpretativo e perciò del ruolo del giudice, la cui funzione interpretativa è ulteriormente allargata dallo spostamento del baricentro del lessico giuridico verso dizioni o locuzioni giuridiche sempre più ampie e dal contenuto precettivo indefinito, del tipo 'diritti umani', 'diritti fondamentali', 'diritti inviolabili', 'laicità', 'democrazia', 'libertà', etc.». Con riferimento al lento incedere del processo di riforma volto ad attribuire una maggiore fisionomia laica alla Repubblica, **G. CASUSCELLI**, *Le fonti (pattizie) del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 43 s., nota come «l'esame delle singole pronunce della Corte in materia di fonti del diritto ecclesiastico [...] consente in primo luogo di affermare che essa ha fatto sì che il processo di transizione non si inceppasse del tutto, per essere riuscita a recuperare alla legalità democratica interi blocchi legislativi di segno contrario, ed a fare in modo che non si perdesse del tutto la coerenza e la sistematicità di una pluralità di fonti eterogenee quanto a metodi di produzione ed a finalità». L'A., *ibidem*, 46 - citando **A. CELOTTO**, *Le sentenze della Corte costituzionale sono fonti del diritto?*, in *Giur. Cost.*, 2003, 27 -, aggiunge: «La giurisprudenza della Corte ha operato "mutamenti normativi" per avere inciso in primo luogo sulle stesse fonti costituzionali: essa, infatti, ha dato atto che le norme costituzionali in materia ecclesiastica formano un "microsistema" insuscettibile di una lettura disarticolata, e lo ha integrato nelle sue posizioni apicali». Infine **G. CASUSCELLI**, *ibidem*, 57 in nota 65, ricorda il pensiero di **G. ZAGREBELSKY**, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Foro It.*, 1981, V, 245, sul ruolo di «produzione immediata di regole di diritto non legislativo e di partecipazione al processo legislativo», svolto dal Giudice delle leggi.



sentenze o pronunzie degli organi di giurisdizione. [...] La *novità* normativa delle pronunzie giurisdizionali, quando vanno oltre i limiti del ricorso ad un puro e semplice procedimento analogico imperniato sulle *rationes* normative già espresse nell'ordinamento (*nomopoiesi*), non è frutto dell'attività dei giudici in quanto tali, perché essi si limitano a recepire e veicolare forme di produzione spontanea del diritto da parte della comunità, decantate per il tramite delle diffuse e consolidate opinioni dei *doctores*<sup>52</sup>. È chiaro che, trattandosi in questo caso di giudici costituzionali, migliore sarà il risultato finale paranormativo o di *soft law*, perché solo quelle opinioni dottrinali largamente condivise, che sono ritenute dalla Corte pienamente radicate nella Costituzione, potranno interagire nomopoieticamente con la funzione giurisdizionale. Il fondamento costituzionale della consolidata dottrina è richiesto perché sintomo molto forte della coesione della comunità scientifica con la tavola di valori fondamentale del nostro ordinamento e che rappresenta il *sensus* di appartenenza al nostro Stato. Con tali modalità e garanzie, la dottrina partecipa all'attività di interpretazione delle norme e di integrazione dell'ordinamento, consentendo una *proiezione dinamica* o *in progress* del diritto. In definitiva si tratta, a ben guardare, di uno di quei processi d'integrazione fra istituzioni e società che contribuisce a determinare il concetto di democrazia. Invero, alla

---

<sup>52</sup> S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, cit., 144 s. In tal modo, all'auto-integrazione dell'ordinamento giuridico, cioè il ricorso «all'opera di colmo degli organi istituzionalmente deputati alla produzione di norme», si accompagna l'etero-integrazione, cioè il ricorso «agli utensili» propri dell'interprete. «In definitiva, la classificazione delle lacune, come pure la problematica concernente la loro ricorrenza e - per le ipotesi in cui vengano ammesse - la loro saturazione, possono essere collegate alla dialettica fra auto- ed etero-integrazione degli ordinamenti giuridici, quale riflesso del rapporto tra le forme di ordinamento centripete, chiuse ed esclusive (secondo l'archetipo prefigurato dall'ideologia statalista o positivista) e gli assetti propri di un ordinamento dinamico, aperto ed inclusivo (secondo il modello esigito dal pluralismo sociale e culturale)»: S. BERLINGÒ, *Lacuna della legge*, cit., 4. L'A. aggiunge (6): «Per altro, la tendenza ad una complessificazione interna alle stesse comunità politiche (multiculturalismo) e la crisi o, se si preferisce, la metamorfosi della sovranità nazionale accrescono il *gap* fra auto- ed etero-integrazione, nonché le distanze fra chi è chiamato ad interpretare le norme e chi è preposto alla loro produzione o (ri)costruzione [...] anche se, con l'introduzione delle Carte dei diritti e delle Costituzioni, il «completamento» dei sistemi giuridici positivi si è reso più permeabile alle cangianti esigenze dell'etica sociale e nelle pronunzie delle Corti (Supreme o Costituzionali) le figure dell'interprete e del nomopoietista spesso si fondono o si confondono». In proposito M.C. FOLLIERO, *Multiculturalismo e aconfessionalità: versioni attenuate dei principi di pluralismo e laicità*, in *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., 115 in nota 11, afferma che «la stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 7/2003 dichiara in termini estremamente netti come le proprie sentenze siano «fonti del diritto»».



funzione istituzionale di *ius-dicere* proveniente dall'alto, si accompagna una funzione comunitaria di *ius-dicere* proveniente dal basso, cioè dalla società, e quindi proprio da quel terreno da cui promanano le esigenze, sempre nuove e diverse, cui il diritto è chiamato a rispondere<sup>53</sup>. Sembra, infine, opportuno precisare che tale produzione *soft* del diritto (non solo in sede nomofilattica ma anche, *a fortiori*, in quella nomopoietica) può valere solo per sviluppare positivamente e più ampiamente forme di esercizio dei diritti inviolabili dell'uomo, e mai per restringere gli ambiti di esplicazione delle libertà fondamentali, come nel settore penale, o per sancire limitazioni di capacità o per pregiudicare i diritti legittimamente quesiti: settori, questi, delicati, per i quali occorrono tutte le garanzie procedurali e sostanziali insite nelle tradizionali e sperimentate fonti di produzione del diritto.

## 11 - I recenti contributi ad una moderna nozione di positività del diritto

Invero, gli atti di *soft law* si limitano a raccomandare un fine, «indicano un atteggiamento da assumere, un programma da seguire, un aspetto che deve essere tenuto in considerazione, un valore che richiede attenzione. Stabiliscono, insomma, un indirizzo che costitutivamente presenta la forma del "più - o - meno" e richiede una gradualità nella

---

<sup>53</sup> «Le Corti Supreme o Costituzionali, ove non presumano di debordare dal ruolo loro proprio di organi giudicanti, devono compiere non lievi sforzi argomentativi quando si tratta di dichiarare costituzionalmente illegittima non già una norma (che non c'è), bensì l'"assenza" di una norma (che avrebbe dovuto esserci e) che la Corte medesima si affretta di aggiungere *ex novo*, con una c.d. pronunzia "additiva"»: **S. BERLINGÒ**, *Lacuna della legge*, cit., 11. L'A. aggiunge (13 s.): ciò perché gli ordinamenti secolari, a differenza dell'ordinamento canonico, «si fondano su di energie valoriali multiformi e, per definizione, almeno all'inizio, esogene, per la cui omogeneizzazione e promozione è necessario porre in moto complesse trafilie di figure soggettive e mettere in campo un insieme non sempre omogeneo di fattori spesso non riconducibili all'intrinseca logica ordinamentale». In questa sede mi sembra opportuno segnalare la preoccupazione avvertita da **S. DOMIANELLO**, *Le garanzie di laicità civile e libertà religiosa ...*, cit., 259 (anche in nota 20, e 249 in nota 11), di non limitarsi «a trasferire il potere di dettare le soluzioni dei più accesi conflitti etico-politici nelle mani dei giurisperiti, cioè di una minoranza di individui, non rappresentativa della maggioranza popolare, autorizzata così ad intervenire con decisioni autocratiche e definitive su conflitti nei quali ciascuno dei propri componenti, ben lungi dall'essere indipendente, è invece parte esso stesso», ovvero a (261) «*dirottare* le decisioni sui contenuti normativi e valutativi dei diritti, formalmente proclamati nella Carta, dall'autorità del legislatore popolare, presunto come naturalmente incline a "sbagliare", all'autorità della casta dei giurisperiti, presunta come naturalmente incline a "indovinare"».



realizzazione, incidendo sulla produzione normativa. Il *soft law*, dunque, fa parte del *corpus* normativo ed entra nel processo di positivizzazione. È, pertanto, una fonte del diritto, nel senso che è ritenuto capace di generare in qualche modo regole giuridiche. [...] Vi sono fonti "di fatto" che resistono a farsi collocare esaustivamente in un qualunque grado della gerarchia. Nuovi atti normativi emergono accanto a quelli già conosciuti e considerati. Tra questi rientrano i vari tipi e le varie forme di *soft law*. Si tratta di fonti (atipiche) che incidono sul sistema complessivo e che evidenziano vieppiù il ruolo dell'interpretazione»<sup>54</sup>.

Negli ordinamenti giuridici contemporanei, quindi, neanche le costituzioni formali o le carte dei diritti possono ritenersi fonti esaustive nella regolazione dei rapporti sociali, perché questi ultimi, mutando continuamente, corrispondono solo ai valori effettivamente presenti nella società e che si immedesimano con le valutazioni di fondo dei contenuti materiali dei comportamenti dei consociati. Tali direttive d'azione, pur venendo formalizzate in dati cogenti, non possono essere a questi totalmente riducibili, per la loro intrinseca capacità di superare queste forme normative, le quali vengono costantemente riadattate grazie all'opera ermeneutica. Assistiamo, cioè, al fenomeno del prodursi, accanto alle costituzioni formali, delle cosiddette costituzioni materiali, cioè di insiemi di valori fondamentali che effettivamente vigono in un dato ambito sociale spazialmente e temporalmente determinato. «Siffatti valori stimolano gli interpreti a porre in essere quella che è stata definita dal penalista tedesco Winfried Hassemer la "spirale ermeneutica", e cioè un'opera di continua "invenzione" di strumenti eurisitici o di ricerca, che, pur quando non esercitano una immediata funzione regolativa - si pensi ai "principi supremi" della giurisprudenza costituzionale italiana -, assolvono ad una funzione

---

<sup>54</sup> **B. PASTORE**, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., 12 s. Non a caso si è parlato di fonte atipica o di legge rinforzata a proposito della legge che deve recepire le intese o accordi di diritto ecclesiastico, cioè quelle che disciplinano, ex artt. 7, 2° comma, e 8, 3° comma, Cost., i rapporti fra Stato e Confessioni. In proposito v., da ultimo, **M. TIGANO**, *Norme interposte e artt. 7 e 8 Cost.: norme interposte di «tipo diverso»?*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2008/3, 867 ss., in specie 895, 897, e 908 - a commento di due recenti sentenze della Corte costituzionale: la n. 347 e la n. 348 del 2007, *ivi*, 910 ss. -, ove le norme di derivazione concordataria sono considerate norme interposte dotate di una forza di resistenza maggiore rispetto a quelle di cui sono dotate altre norme convenzionali, per il fatto che l'unico limite nel loro sindacato di legittimità è costituito solo dai principi supremi della giurisprudenza costituzionale.



maieutica o “produttiva” di sempre nuovi parametri e/o contenuti di norme»<sup>55</sup>. Mi sembra che questo sia un connotato tipico del *soft law*.

«“Fonte”, allora, è termine che rimanda all’insieme dei fattori che influiscono sulla produzione delle norme e questa influenza può variare: vi sono fonti che forniscono all’operatore giuridico immediatamente una norma valida e fonti che offrono soltanto idee, ispirazioni, orientamenti, effetti d’indirizzo, dai quali gli operatori devono trarre le norme. [...] L’uso delle fonti, dunque, rinvia al momento interpretativo e applicativo, nel senso che la ricerca delle fonti diventa una questione d’interpretazione e applicazione del diritto. A monte delle norme vi sono svariati materiali giuridici, eterogenei e dotati di diversa forza vincolante, che formano un insieme normativo in potenza da attualizzare. Il diritto positivo appare, da questo punto di vista, come un’impresa solidale di soggetti, istituzionali e non istituzionali, i quali, con la loro attività ermeneutica, individuano e articolano il discorso delle fonti all’interno di una prassi in cui la normatività giuridica si pone come risultato di fattori complessi che si combinano e interagiscono. La positivizzazione giuridica si compie a partire da luoghi ed elementi autoritativi, ma nessuno di essi è autosufficiente, né conclusivo, a prescindere dall’attività interpretativa e ognuno di essi rileva solo nell’ottica generale della pratica giuridica»<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, cit., 51, che aggiunge: «I medesimi valori, e i principi o le direttive in cui si esprimono, sono essi stessi *positivi*, perché (o in quanto) partecipano della positività dell’intero ordinamento su di essi *costituito* e che essi continuano perennemente a (ri)fondare e ad (in)formare. Tuttavia, la loro positività non si esaurisce in quella degli enunciati, delle prescrizioni o dei precetti, che da essi più o meno direttamente si esplicano. In tal senso, piuttosto che di fissità o immutabilità, sia pure di alcuni determinati principi (supremi e/o fondamentali) è più appropriato parlare di *irretrattabilità* o *irreversibilità* del loro contenuto essenziale (*Kernbegriff*). Allo stesso modo, ciò non comporta la assoluta inderogabilità o immodificabilità delle proposizioni normative (prescrizioni o precetti) in cui tali principi o direttive più o meno direttamente si esprimono (o da cui più o meno direttamente si deducono), anche se può implicarne una più o meno accentuata rigidità».

<sup>56</sup> B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., 13. In questo contesto mi sembra opportuno segnalare S. DOMIANELLO, *L’utilità pratica del «Diritto ecclesiastico civile» come scienza*, in AA.VV., *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, a cura di G.B. Varnier, Soveria Mannelli, 2004, 287 ss. Con questo contributo l’A. vuole fornire «una testimonianza ed un appello mirati a recuperare agli studi ecclesiasticistici (non soltanto italiani) la funzione di Scienza *pratica*, e segnatamente *giuridica*» (293). In particolare, «dagli effetti democraticamente apprezzabili che la scienza del diritto ecclesiastico è in grado di produrre sul piano dell’attuazione, cioè del concretizzarsi (o “farsi”) della laicità civile, discende l’utilità pratica anche futura degli studi specialistici di cui si discute, in quanto l’attività d’interpretazione di cui tali



In quest'ultima, ciò che assume oggi maggiore rilievo non è, non può essere più, il rispetto per l'astratta maestà della legge, bensì il rispetto per l'unica vera sovranità a cui tutte le componenti sociali ed istituzionali devono «inchinarsi»: la dignità dell'uomo. La pratica giuridica deve, quindi, oggi viepiù scrollarsi di dosso il vecchio ruolo volto a mantenere un ordine sociale preconfezionato a suo tempo su un modello autoctono di convivenza, e deve tendere a realizzare, nei modi più consentanei e diversi, le sempre mutevoli e nuove esigenze di esplicazione della personalità umana. «Secondo questa prospettiva, il diritto che è stato solo "deliberato" o "posto" (*Ge-setz*), una volta per tutte, e che rimane fisso e immobile nella astratta maestà della legge, o "pietrificato" nel dato meramente letterale di una disposizione, non è veramente o integralmente "positivo"; come lo è, invece, il diritto che è capace di incidere sulla realtà sociale "formandola", o meglio ancora "conformandola" (o "performandola": dall'inglese *performance*), sollecitandone cioè ed orientandone ogni possibile e coerente sviluppo»<sup>57</sup>.

---

studi si sostanziano è lo strumento appropriato per assolvere il delicatissimo compito del materiale *riempimento* della laicità secolare (nazionale, comunitaria o internazionale) di sempre più nuovi e numerosi contenuti di valore, positivi e concreti» (301). Un elenco di «temi pratici ed attuali», che dovrebbe suscitare un maggiore interesse per gli ecclesiastici, è fornito, proprio con questo auspicio, da G. CASUSCELLI, *Il silenzio, il conformismo e ... il diritto ecclesiastico*, cit., 2 s., evidenziando i problemi «della bioetica, della procreazione assistita, della contraccezione, dell'accompagnamento alla morte, della tutela giuridica delle convivenze e delle famiglie di fatto, dell'accoglienza agli immigrati e della garanzia delle loro libertà fondamentali, dell'incitamento alla discriminazione ed all'odio per motivi religiosi, delle limitazioni all'accesso delle confessioni minoritarie ai mezzi pubblici di comunicazione, della prassi amministrativa limitativa delle libertà delle minoranze, della tutela giuridica dei lavoratori dipendenti degli enti di tendenza e degli insegnanti di religione nella scuola pubblica, della responsabilità delle autorità ecclesiastiche per omessa informazione sugli abusi sessuali commessi da loro appartenenti, delle pressioni esercitate dalle autorità ecclesiastiche, in nome del "bene comune", sul governo, sul parlamento e, persino, sul massimo organo giurisdizionale dello Stato».

<sup>57</sup> S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, cit., 52. In proposito G. BERTI, *Stratificazioni del diritto e crescita del potere*, cit., 306 ss., afferma: «Il diritto costituzionale di oggi, pur definendosi positivo, non si regge solo sull'efficacia formale della Costituzione che pure è essenziale all'impianto, ma su quel tipo di effettività che richiede l'adesione, allo stesso tempo spontanea e perenne, delle popolazioni e dei singoli. Potrà accadere dunque che le istituzioni amministrative e giudiziarie siano la vera sostanza dello Stato, molto più della legislazione, su cui influisce ormai un contrattualismo economico e corporativo che si regge sulla produzione e sulla comunicazione e che pesa sulle leggi perché ne condiziona la forza, la durata, l'adattabilità ai casi della vita. Le leggi saranno sempre di più temporanee e modificabili. La variabilità del diritto positivo è dunque nella sua natura! [...] E voglio allora azzardare un'affermazione:



Ben vengano, quindi, tutti quegli strumenti che consentono costantemente di far affiorare quel fiume sotterraneo ed impetuoso che, a fronte dei tentativi istituzionali d'imbrigliarlo in comode dighe o pratici serbatoi normativi, ispira genuinamente e dinamicamente le condotte dei consociati e che è stato, tra l'altro, definito come *wolksgeist* o spirito del popolo<sup>58</sup>. Si tratta, a mio avviso, di un insieme di valori (di *correnti* culturali che scorrono nel *mare* delle emozioni umane; o di *affluenti* di senso che ingrossano il predetto *fiume* spirituale) che muovono, in primo luogo emotivamente, e quindi liberamente e spontaneamente, le condotte di soggetti appartenenti alle particolari comunità presenti sul territorio nazionale, e che solo in un secondo momento subiscono, via via, un processo di stabilizzazione, divenendo razionalmente, consapevolmente cogenti, obbligatori (*animus* od *opinio iuris ac necessitatis*), anche se non ancora formalmente positivi. Ma già gli originari reticoli assiologici, specificamente identificanti determinati

---

quanto più il diritto germina spontaneamente, anche se confusamente, dalla società e dai gruppi che la compongono, tanto più esso è amico delle libertà e dei valori degli uomini. [...] Il diritto risponde alla società dalla quale nasce ed allora è il diritto che trascina la stessa azione politica e ne pone gli obiettivi. Si intravede così una caratterizzazione sociale dei fini del diritto, e tuttavia non un'etica nuova, ma piuttosto una pragmaticità motivata da contenuti effettivamente sentiti. Non dunque gerarchie di fini o valori artificiali e posticci, ma realizzazioni rispondenti a bisogni spirituali e materiali della convivenza, affinché questa sia fertile per il buon vivere e per la preservazione della dignità dell'uomo. Così potremmo dire di essere governati dal diritto!». E M. RICCA, «Multireligiosità», «multiculturalità», «reazioni dell'ordinamento». *Tre segnavia per il diritto interculturale*, cit., 169, aggiunge: «Benché il diritto si presenti, soprattutto nella tradizione positivista occidentale, come fattore costitutivo delle relazioni sociali che ricadono entro il suo dominio, esso, la sua funzione comunicativa e deontica galleggiano tuttavia sull'oceano dei saperi culturali, meglio sulle differenti enciclopedie di saperi e di prassi che orientano rispettivamente le singole culture, il loro realizzarsi; e che da ogni cultura è a sua volta prodotta, rimodellata, rinnovata di continuo».

<sup>58</sup> «L'espressione è introdotta nello storicismo giuridico da PUCHTA (*Gewohnheitsrecht*, I, spec. 133 ss.) e successivamente da SAVIGNY»: v. più ampiamente G. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*. Parte prima *Il concetto del diritto*, Milano, 1983<sup>2</sup>, 106 ss. Mi piace azzardare l'assimilazione del *wolksgeist* al diritto divino allo stato puro presente nell'esperienza giuridica ecclesiale. Esso non va confuso o immedesimato con le sue esplicazioni normative, quantunque definite di diritto divino (o naturale), perché le imperfette «addizioni» umane possono, a volte (o con il trascorrere del tempo), produrre un diritto divino solo formalmente ma non (più) materialmente vigente. «Può accadere, pertanto, che la legge o consuetudine - ossia il conio o il calco che il fattore umano offre (*deve* necessariamente offrire) all'evento divino perché acquisisca vigenza in seno alla storia - risultino, in determinati casi, impari rispetto alle attese ed alle esigenze sia della gratuita iniziativa divina, sia dei tempi e dei luoghi sperimentati dall'economia salvifica»: S. BERLINGÒ, *Lacuna della legge*, cit., 8.



gruppi etici presenti nel Paese, hanno la capacità d'imporsi incisivamente nell'ambito dei processi d'integrazione socio-istituzionale, esercitando una rilevante influenza sulle procedure di giuridificazione<sup>59</sup>. Gli operatori giuridici non possono non essere positivamente contaminati da questa costante e varia produzione di valori, badando però di fugare la facile tendenza di rispondere giuridicamente alle articolate esigenze della *polis* riferendosi solo ad una particolare tavola assiologica, magari a quella apparentemente maggioritaria. È opportuno, viceversa, che si pratichi una saggia opera di declinazione degli eterogenei e specifici patrimoni culturali in un *plafond* di valori giuridici che prospetti un progetto di sviluppo sociale accettabile da tutti. Tale delicata opera di positivizzazione non può essere più condotta con successo solo attraverso le tradizionali ed austere, fisse e rigide, determinazioni normative (*hard law*), incapaci, a volte, di assecondare questo dinamico processo di evoluzione sociale<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, cit., 52, in proposito afferma: «L'impatto di questo fondo giuridico emozionale, o di questo schema originario di legalità con l'ambiente circostante, ne segna il distacco dall'esperienza interiore dei singoli (da cui pur deriva) e produce la nascita della *legittimazione*, che coincide con l'inizio della *vigenza* di un ordine giuridico o, se si preferisce, con la prima *fonte* (o "formante") del processo di positivazione. Tale processo consta di una continua serie di svolgimenti e di esplicazioni, in cui le basilari componenti emozionali o implicite tendono, volta a volta, a "dichiararsi" ed a "formalizzarsi", anche per il tramite della complessa serie di argomenti e di motivi adottati dagli *interpreti* con la loro *attività ermeneutica*». E secondo G. BERTI, *Stratificazioni del diritto e crescita del potere*, cit., 305, «il diritto cresce a modo suo: non è più il prodotto unico e fermo di una decisione politica adottata da un competente legislatore. Anche se ciò ancora avviene in via generale, possiamo dire che nessun corpo di leggi ha una vita assoluta, ma viene in un certo senso inciso e alterato da decisioni normative che, adottate dai più vari soggetti, si insinuano nel corpo della legge, e ne modificano o ne adattano il contenuto. Lo stesso legislatore politico del singolo Stato sembra ormai aprire volentieri le porte a ingressi alieni: è come se il testo che esso approva fosse già costruito in modo tale da permettere o addirittura richiedere completamenti o adattamenti nel concreto o nell'occasionale».

<sup>60</sup> In questa prospettiva M. RICCA, «Multireligiosità», «multiculturalità», «reazioni dell'ordinamento». *Tre segnavia per il diritto interculturale*, cit., 159 s., propone di «rialfabetizzare i rapporti tra religione e diritto», che «significa innanzi tutto prendere atto che nella grammatica della soggettività giuridica laica è presente una estesa componente religiosa, connessa alla tradizione ed alla cultura cristiana. Questa presenza, a sua volta, condiziona e consente l'attuale articolazione dualistica diritto/religione ed agisce all'interno della scansione pubblico/privato: la stessa appunto che accompagna, sin dagli albori della modernità, l'idea e l'ideologia delle libertà, intese come libertà negative: prima fra tutte la libertà religiosa [...]. La visione è quella che vuole da una parte i territori della coscienza e quindi della fede; dall'altra i territori della politica e quindi del diritto: il confine coincide con il tracciato della libertà. Per poter mantenere ferme simili scansioni in senso astratto (Herbert), allora bisognerà valutare quanto in concreto delle *altre religioni diverse dalla cristiana*, che



«L'operare del *soft law*, in questa prospettiva, conferma che l'interpretazione costituisce un aspetto interno alla dinamica delle fonti e mostra - direi paradigmaticamente - come la teoria delle fonti non può essere pensata nell'ottica della ricostruzione statica delle relazioni tra gli atti e le norme dagli stessi prodotte, muovendo dall'assunto che si tratti di "monadi" in sé conchiusi, atomisticamente considerabili e nettamente distinguibili, ma si intreccia costitutivamente con la teoria dell'interpretazione. Il diritto appare come un tessuto, una rete di interrelazioni, dove regolazioni morbide, fluide ed elastiche - che giocano vari ruoli, rispondendo alle richieste di flessibilità e adattività provenienti da contesti sociali sempre più complessi - convivono con discipline pienamente obbligatorie. La normatività risulta, in questo quadro, non monolitica, bensì caratterizzata da un notevole tasso di gradualità. Essa si colloca lungo un *continuum*, configurato dalle diverse possibili relazioni riguardanti la vigenza e la validità dei materiali giuridici, la loro effettività, la valenza che questi assumono nel processo di positivizzazione. [...] I materiali giuridici, così, presentano diversi livelli di elaborazione e determinazione, che testimoniano il funzionamento "plurale" della positività. Nell'attuale fase di profonda ristrutturazione del diritto, incrinata l'unità e la rigidità del sistema delle fonti, l'ordinamento vive nel rapporto che lega i molteplici e diversamente vincolanti atti di normazione con le attività interpretative che da essi si sviluppano. L'effettività, pertanto, viene in rilievo (non solo come risposta di conformità o obbedienza alle norme da parte dei destinatari, ma anche) come risposta riconoscimentale dei consociati che, partendo da vari elementi (infrastatali, statali, sovranazionali, internazionali), costruiscono *ermeneuticamente* un ordine giuridico che presenta un intrinseco carattere polivalente e dinamico»<sup>61</sup>.

concorrono a definire il paesaggio della *multireligiosità*, può entrare a far parte del linguaggio pubblico. Meglio ancora, bisognerà tentare di elaborare un modello di soggettività giuridica e quindi di semantica del diritto che sia equidistante sia rispetto alla religione cristiana, sia rispetto alle *altre* religioni». L'A., *ibidem*, 162, aggiunge: «Se la multireligiosità extra-cristiana verrà trattata allo stesso modo della multireligiosità interna alla tradizione ebraico-cristiana, si darà vita ad un modello di laicità che tenderà inevitabilmente a trasformare la tutela della libertà religiosa, la scansione pubblico/privato e la sintassi del pluralismo che consegue a questa scansione, in una forma di segregazione e ghettizzazione delle religioni *altre*, sia delle culture *altre*. La disuguaglianza sostanziale, direi *semantica*, sarà la cifra di questo sistema. In termini ancora più diretti. Non si può garantire l'eguaglianza nel trattamento delle religioni se il linguaggio pubblico, che si dichiara laico, mantiene le sue continuità di senso con una sola cultura religiosa. La *neutralità* della sfera pubblica si incrinerà inevitabilmente. L'effetto quindi sarà sperequativo».

<sup>61</sup> B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., 13 s. In proposito G. BERTI, *Stratificazioni del diritto e crescita del potere*, cit., 296, afferma che «la



## 12 - Il diritto ecclesiastico come strumento per l'intercultura

In conclusione: le tradizionali vie di *hard law*, fino ad ora seguite dalla comunità politica per gestire gli effetti prodotti sul piano etico-religioso dalle dinamiche sociali attivate dalla globalizzazione e dall'immigrazione, appaiono da sole insufficienti; i più recenti tentativi di *soft law* adottati dagli ordinamenti statali e sovranazionali per opporsi alla pericolosa deriva settaria e fondamentalista insita nella iper-reazione religiosa alla secolarizzazione ed al nichilismo, che continuano a serpeggiare nelle moderne società occidentali, rappresentano un positivo e congruo cambio di marcia<sup>62</sup>; sembra

---

processualità o il giusto processo è il presidio della sicurezza di vita e di efficacia di una norma giuridica che non valga solo per la forza incontrollata di colui che la produce e la impone». Mi sembra opportuno riportare in questa sede le utili notazioni bibliografiche presentate da S. FERLITO, *Società multireligiosa e interpretazione normativa*, cit., 145 s., che «ci restituiscono un quadro abbastanza preciso dello stato attuale della teoria del diritto. 'Il diritto mite' di Zagrebelsky [...] delinea l'esigenza di una dogmatica 'liquida', 'fluida', al fine di consentire che i concetti e gli strumenti di cui si serve il giurista possano 'fluttuare' (come in un liquido appunto), evitando così di scontrarsi e sopraffarsi. [...] 'Flessibile diritto' di Jean Carbonnier [...] reca il significativo sottotitolo 'Per una sociologia del diritto senza rigore'; ma l'Autore [...] chiarisce fin dalla prefazione che ad essere senza rigore non è la sociologia del diritto che egli propone, bensì il diritto stesso e la sua teoria. Infine [...] il volume di Gianluigi Palombella 'Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia', il cui «incipit "Dopo la certezza" è locuzione che si spiega da sé [...]. C'è in tutti una percezione comune: il diritto e la sua scienza stanno attraversando una stagione difficile, vivono una condizione di passaggio, si caricano di quella dose elevata di incertezza che accompagna sempre un trapasso epocale. Insomma, è difficile sottrarsi all'impressione che non sia *questo o quel settore* della scienza giuridica a trovarsi in difficoltà; è, piuttosto, il paradigma stesso del diritto moderno, il suo statuto epistemologico, che si trova nel bel mezzo del suo crepuscolo. Inutile negarlo: anche il diritto è entrato ormai in quella zona grigia, nebbiosa, che chiamiamo 'post-modernità', in quella situazione che Zygmunt Bauman designa con la felice immagine di 'modernità liquida'».

<sup>62</sup> Sulla grande varietà di significati che il termine secolarizzazione oggi presenta si veda, da ultimo, G. DALLA TORRE, *Dio e Cesare. Paradigmi cristiani della modernità*, Roma, 2008. S. FERRARI, *Stati e religioni in Europa: un nuovo baricentro per la politica ecclesiastica europea?*, in *Quad. Dir. Pol. Ecc.*, 2008/1, 6 s., afferma: «I tradizionali meccanismi che regolano i rapporti tra le diverse aree in cui si svolge l'attività umana oggi non sembrano più funzionare in maniera efficace: di fronte ad un pluralismo che è al tempo stesso culturale, etico e religioso essi sono in difficoltà a garantire l'autonomia delle comunità sociali senza cadere nell'anarchia dei particolarismi. [...] Il presupposto che la religione sia una faccenda privata che non ha alcuna influenza sulle scelte pubbliche è esattamente ciò che oggi viene messo in discussione. Diviene allora necessario trovare meccanismi giuridici che si facciano carico del nuovo ruolo



opportuno, allora, procedere con sempre nuove ed originali strategie che inducano il diritto a caratterizzarsi non più come un *unicum* a cui si richiamano diversi ordinamenti dello stesso tipo, ma un alveo in cui cooperano tanti ordinamenti di tipo diverso, e tutti rivolti teleologicamente a garantire la massima esplicazione della personalità umana. Insomma, pluralismo giuridico oggi deve significare «non mera pluralità ma soprattutto *politipia* (o pluriformità) degli ordinamenti innestati su esperienze comunitarie diverse. Il *tipo* di ogni ordinamento dipende, infatti, dalle condizioni di esperienza proprie della comunità umana cui l'ordinamento si riferisce, e cioè dal diverso significato che la comunità attribuisce alla propria identità e dal diverso grado di consapevolezza e d'intensità con cui l'assume»<sup>63</sup>.

È questo il genere di consapevolezza che gli operatori giuridici devono nutrire. Non si può, quindi, semplicemente ed irresponsabilmente ritenere di minimizzare i danni lasciando che il diritto si limiti a neutralizzare i conflitti sociali innescati dal pluralismo e dalla globalizzazione. In altri termini, non è più ammissibile ripetere gli errori del passato, e cioè - adottando un atteggiamento duro, autoritario, esclusivo, rigido - scalzare dalla sfera pubblica il fattore etico-religioso sol perché è scomodo, in quanto divide, frammenta la società<sup>64</sup>. Tale perniciosa politica costringerebbe gli individui a coltivare

---

pubblico delle religioni. Ma come è possibile elaborarli senza cadere in un comunitarismo che erode il nucleo duro di principi e valori condivisi, ponendo in pericolo la coesione sociale?».

<sup>63</sup> S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, cit., 58 s. Lo stesso A., *Diritto interculturale: istruzioni per l'uso di un ecclesiasticista-canonista*, cit., 45, aggiunge: «L'ecclesiasticista-canonista è il giurista che meglio di altri colleghi, afferenti a settori più o meno affini e contigui, è attrezzato per [...] gestire nel modo più congruo il cimento con le trasformazioni indotte dalla accresciuta mobilità e complessità sociale. Egli è, da tempo e per vocazione propria, aduso a praticare le "terre di nessuno" ai confini col multiforme mondo del non-diritto, mantenendo, per inverso, intatta la propria identità di giurista. Proprio perché non dismette tale veste, l'ecclesiasticista-canonista è capace di individuare spesso, al di sotto di regole che altri attribuirebbe ad un livello non giuridico, ordini normativi dei comportamenti umani ascrivibili anch'essi all'esperienza del diritto, pur non essendo riducibili al sistema giuridico proprio della o immanente nella comunità politica». Più in generale, sui rapporti fra diritto canonico e ordinamenti giuridici profani, si può vedere **CONSOCIATIO INTERNATIONALIS STUDIO IURIS CANONICI PROMOVENDO**, *Système juridique canonique et rapports entre les ordonnancements juridiques, sous la direction du Doyen Elie Raad, (XII Congrès international de droit canonique)*, Beyrouth (Liban), 2008.

<sup>64</sup> Anche perché «il numinoso scacciato dalla porta con i molteplici anatemi lanciati contro l'ostentazione dei suoi simboli più vistosi, sempre più di frequente tende a rientrare dalla finestra sotto le mentite spoglie di una malintesa religione civile o dell'assolutizzazione di principi immanenti alla stessa comunità politica»: S. BERLINGÒ, *'Desacralizzazione' del diritto e itinerari canonistici del Novecento*, cit., 1375.



le specifiche identità solo nella sfera privata e produrrebbe un diritto pilatesco, che non decide, perché non prende posizione fra le diverse scale di valori, cioè fra i variegati patrimoni delle articolate «famiglie» culturali. L'autorità, in un contesto siffatto, si limiterebbe «a fare lo sceriffo», cioè a sedare la conflittualità bloccando chi, per la maggioranza, appare «il più cattivo», ovvero lo sconosciuto, lo straniero, il diverso, l'altro. Ma questo ruolo minimale di un diritto paludato, impantanato (*slow law*), a cui fa da *pendant* un minimo consenso etico raggiunto da un'autoctona maggioranza sempre più «risicata», produce il risultato di congelare le differenze, narcotizzare i valori, concorrendo da un lato a diffondere il nichilismo oggi imperante nella sfera pubblica, e dall'altro a ghettizzare le fonti di produzione dei valori, creando delle pericolose *enclaves*, che possono far esplodere la loro inespresa (repressa) carica identitaria in reazioni fondamentaliste<sup>65</sup>.

---

L'A. (1377) aggiunge che occorre evitare il rischio «della persuasione, che il vuoto prodottosi con il tramonto del mito razionalistico possa essere colmato dall'uso improprio, riduttivo e strumentale, delle esperienze e delle tradizioni religiose in funzioni di semplici "religioni civili" o di "supplementi d'anima" delle comunità politiche, oggi sempre più tentate dal rappresentarsi come aliene da qualsiasi fondamento assiologico». Sulla nazionalizzazione della religione negli U.S.A., nel senso che la Nazione può, più o meno inconsciamente rappresentare per i protestanti americani una «chiesa», cfr. **K. PHILLIPS**, *La teocrazia americana*, Milano, 2007, e **E. GENTILE**, *La democrazia di Dio*, Roma-Bari, 2007 (quest'ultimo si sofferma in particolare sull'era di George W. Bush). Ma, per una declinazione della secolarizzazione verso una risacralizzazione dell'Occidente, *in primis* degli U.S.A., cfr. **P. NORRIS** e **R. INGLEHART**, *Sacro e secolare*, Bologna, 2007. Rivarcando l'Oceano, **S. FERRARI**, *Stati e religioni in Europa: un nuovo baricentro per la politica ecclesiastica europea?*, cit., 10, offre degli esempi che mostrano come «anche in Francia la separazione è diventata molto più "soft" e non esclude più interventi dello Stato in settori che fino a qualche anno or sono erano considerati estranei all'interesse ed alle competenze della pubblica amministrazione».

<sup>65</sup> Con riferimento alla prima prospettiva, traggono vantaggio, «prevalentemente, le estroversioni umanitarie del fenomeno religioso, spesso ponendo a rischio la loro propria identità ed il nucleo essenzialmente non profano della loro riserva di senso. Al contrario, proprio quel nucleo andrebbe fatto emergere nell'odierno crinale della civilizzazione, per impedire che il c.d. *pensiero unico* induca ad una banalizzazione ed omologazione culturale e morale, ad una - come è stato ben intuito - "cultura del mondo del minimo comune denominatore"»: **S. BERLINGÒ**, *Alla riscoperta della laicità, in Europa*, cit., 267. Cfr. **C. SCHMITT**, *La tirannia dei valori*, a cura di P. Becchi, Brescia, 2008. Con riferimento alla seconda prospettiva, occorre proprio invertirla non limitando il dialogo con i gruppi etico-religiosi soltanto a quelle confessioni (maggioritarie) la cui identità è più legata alla storia ed alla cultura del luogo, sacrificando la pari dignità delle altre formazioni sociali. «Sul piano teorico, va poi sempre ricordato che il personalismo valorizza le formazioni sociali perché ed in quanto luogo di relazione, sicché apparirebbe davvero stravagante se tale



Occorre, allora, al contrario, un diritto che valorizzi le differenze, che consenta loro di manifestarsi democraticamente e di confrontarsi apertamente. Attraverso una laicità procedurale o metodologica, quindi, nel contesto di tale dibattito, in cui lo Stato laico può legittimamente assumere anche il ruolo di moderatore, il diritto deve saper cogliere con saggezza ciò che di buono in esse si cela, e guidare così, nel rispetto delle regole concordate all'inizio, la società verso il raggiungimento di livelli più alti di progresso materiale e spirituale<sup>66</sup>. Sarebbe auspicabile, per esempio, che in tale dibattito le Confessioni religiose e le altre agenzie di senso si confrontassero sulle caratteristiche tipiche proprie di ognuna di loro e non focalizzassero, viceversa, la loro attenzione sugli aspetti che le dividono. Cioè, occorrerebbe evitare di mettere in rilievo le specifiche identità attraverso la descrizione di ciò

---

riconoscimento operasse in funzione di chiusura identitaria (o localistica), ciò che costituirebbe un palese tradimento della logica stessa delle formazioni sociali»: F. PIZZOLATO, *Regioni e confessioni religiose: quale spazio per il principio di sussidiarietà?*, cit., 113. Va chiarito, comunque sia, che la specificità delle Confessioni religiose non consente sempre una loro assimilazione alle altre formazioni sociali (intermedie); pertanto il dialogo con le agenzie di fede deve, a volte, formalizzarsi con gli strumenti di bilateralità necessaria (art. 8, 3° comma, Cost.). In proposito, S. BERLINGÒ, «Passata è la tempesta»? Il «diritto ecclesiastico» dopo la riforma universitaria: prime riflessioni ex post factum, in *Arch. Giur.*, 2003, 322, mette in guardia dal pericolo che si privi «gradualmente di senso l'irriducibile (in primo luogo per una laica tessitura della comunità politica) alterità [...] del fenomeno religioso, ricacciandolo nel limbo del "coacervo anonimo degli indistinti" o spingendolo ad arruolarsi tra le fila di un generico estetismo culturale o benevolato solidale». Per un'analisi di queste problematiche con specifico riguardo al settore dell'istruzione, si consenta il rinvio a F. FRENI, *L'identità degli istituti d'istruzione confessionali. Riforme e scuole non statali*, Milano, 2007.

<sup>66</sup> Infine S. DOMIANELLO, *Le garanzie di laicità civile e libertà religiosa ...*, cit., 240 in nota 3, evidenzia che «forse è troppo poco indagato ed ancora troppo poco si discute, sulle vie procedurali, metodologiche, alla laicità, ossia sulle *tecniche* normative ed interpretative che sostanziano la definizione di laicità per così dire "minima", quella cioè alleggerita il più possibile dal carico contenutistico appesantendo il quale si slitta inevitabilmente dal *concetto*, unitario e costante, alle *concezioni*, molteplici e variabili. La facilità dello slittamento a cui mi riferisco emerge dalla registrazione nella nostra disciplina del progressivo spostamento dell'attenzione scientifica, in questi ultimi anni, dal piano della definizione sostanziale del "concetto" laicità al piano del riscontro e dell'analisi comparata delle svariate "concezioni" di laicità». L'A., *ibidem*, 248 in nota 9, si sofferma ulteriormente sul punto, precisando come risulti «ancora poco approfondita e dibattuta la questione se anche la laicità, al pari della democrazia, meriti di essere apprezzata quale procedura che, per quanto difficile considerare *perfetta* sotto il profilo della garanzia del giusto risultato "in arrivo", si possa tuttavia qualificare *good enough* sotto il profilo della garanzia che il risultato ottenuto sia il frutto di un gioco corretto, svoltosi cioè nel rispetto delle regole metodologiche stabilite "in partenza"».



che *non* si è. Mi sembra, invero, che negli ultimi tempi sempre più spesso i cattolici si spendano oltremodo nel precisare di *non* possedere alcuni caratteri dei musulmani, questi ultimi di *non* vantare certe pretese dei primi, gli ebrei di *non* condividere determinati aspetti dei cristiani, i protestanti di *non* avere le preclusioni dei cattolici, ecc. In altri termini ci si affretta a prendere le distanze da specifici fenomeni che afferiscono ad alcune Confessioni e che possono suscitare clamore, preoccupazione per lo Stato e per la sicurezza sociale, paure che si sono amplificate nell'opinione pubblica dopo l'11 settembre 2001<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> In proposito si veda **R. MAZZOLA**, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Milano, 2005. **M. VENTURA**, *Grillo parlante o Pinocchio? Come sta nascendo il diritto ecclesiastico dell'Italia multiculturale*, cit., 184, afferma: «Per il diritto ecclesiastico la religione è a priori positiva. Cancellate le pregiudiziali anti-religiose d'ispirazione marxista, tuttora molto limitato l'ateismo militante, sessant'anni costituzionali di *favor religionis* non si cancellano in un attimo. Neppure sotto la pressione di un'opinione pubblica spaventata - a torto o a ragione - dall'Islam e dalle sette». «Certo si può dire che il legame tra le ragioni obbiettive della paura e la causa religiosa è del tutto arbitrario. Ma quel legame si è ormai insediato nell'opinione pubblica», nella quale matura «un sentimento nuovo, inimmaginabile fino a pochi anni fa; un sentimento negativo nei confronti di una religione estranea, ostile e pericolosa. È un sentimento che si trasforma in breve in richiesta agli organi dello stato perché quella "cattiva religione" sia contrastata e disinnescata». Per un approccio interdisciplinare alle questioni innescate dall'integrazione delle comunità musulmane nel «vecchio continente» v., da ultimo, il volume collettaneo curato da **A. FERRARI**, *Islam in Europa / Islam in Italia tra diritto e società*, Bologna, 2008. Per cercare di fronteggiare il deficit di conoscenza interculturale, che contribuisce ad incrementare la paura dell'accoglienza, possono essere utili quelle esperienze di interrelazione volontaristica - improntate, spesso, alla reciprocità - svolte dalle organizzazioni non governative (O.N.G.) per la cooperazione allo sviluppo Nord-Sud. Si tratta di gruppi associativi privati che, nell'elaborare e realizzare progetti di aiuto e di sviluppo delle zone economicamente più arretrate del mondo, coinvolgono gli stessi interlocutori di tali aree, rendendoli attivamente partecipi all'opera di integrazione. In altri termini, non si è in presenza della classica relazione filantropica di matrice assistenzialistica tra beneficiari e beneficiati, bensì di una cooperazione tra queste due categorie di persone, dove non è escluso (anzi, al contrario, è ordinariamente auspicato) che anche i primi traggano qualche utilità dai secondi. In proposito si veda, da ultimo, **A. FUCCILLO**, *Dare etico. Agire non lucrativo, liberalità non donative e interessi religiosi*, Torino, 2008. Dall'esperienza delle O.N.G., più in generale, ricavano vantaggio anche le stesse società occidentali del Nord che, subendo massicci flussi migratori dal Sud, diventano sempre più multietniche e multiculturali, e sono quindi costrette a fronteggiare quotidianamente problemi di integrazione razziale. Così, la costante informazione sugli usi e i costumi delle varie popolazioni del Sud, fornita dall'attività delle O.N.G., permette di affrontare meglio il difficile rapporto tra culture ed etiche a volte molto distanti fra loro. Proprio nella fucina delle O.N.G. si è forgiata l'importante figura degli intermediari culturali, capaci di smussare quei contatti non perfettamente combacianti tra le varie culture presenti all'interno di una stessa comunità politica. Tali intermediari sono soggetti collegati con le O.N.G. - o perché volontari e



Ciò, peraltro, si pone in aperto contrasto con lo spirito ecumenico che, per i cattolici, era stato fissato dal Concilio Vaticano II, e fa compiere un passo indietro allo stesso Magistero ecclesiale ed alla prassi postconciliari sviluppati fino a Giovanni Paolo II. Quest'ultimo aspetto assume una rilevanza più generale considerando che, in tempi di crisi, la Confessione tradizionale e maggioritaria è avvertita come una risorsa, un punto di riferimento autorevole nel contesto del rinnovato ruolo pubblico giocato dalle religioni<sup>68</sup>.

Sortirebbe, allora, benefici effetti imprimere un deciso cambio di marcia all'attuale dibattito interreligioso ed interculturale, in modo che le rispettive identità si mettano in luce in positivo, evidenziando il proprio nucleo assiologico tipico, e non più in negativo, screditandosi reciprocamente. Un confronto improntato appunto in positivo, sui valori identificanti le varie agenzie di senso, favorirebbe in queste ultime la disponibilità di costruire insieme, accanto alle istituzioni ed alle altre formazioni sociali, un progetto comune, ampiamente condiviso, di sviluppo più umano e civile (e quindi più meticcio) dell'intera società (multiculturalismo)<sup>69</sup>.

---

cooperanti essi stessi, o perché *leaders* istituzionali o informali del Sud, eventualmente arricchiti da un'esperienza al Nord - ed hanno una certa pratica di codici culturali e comportamenti diversi. È, dunque, auspicabile che i governi democratici del Nord investano di più in questo settore, incrementando, ad esempio, i corsi universitari per intermediari culturali.

<sup>68</sup> Su questo aspetto sembra ironizzare **M.C. FOLLIERO**, *Multiculturalismo e aconfessionalità: versioni attenuate dei principi di pluralismo e laicità*, cit., 135, laddove afferma che «in questo complicato scenario la Chiesa Cattolica si è ritagliata il ruolo di interprete autentica del "diritto naturale" e di "custode" dei valori tradizionali "sani" in modo da mantenere elevata nella società la percezione della loro reciproca implicazione e identificazione».

<sup>69</sup> Del resto **P. CONSORTI**, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, cit., 217 s., segnala anche la tendenza in base alla quale «le identità culturali si presentano oggi in modo tutto sommato abbastanza intrecciato; appaiono meno stabili di un tempo, meno territorialmente radicate; sono sempre meno consolidate in forme predefinite, e si presentano in modo *ibrido* producendo risultati identitari più liquidi. La dinamica dei processi identitari vede protagonista una continua negoziazione tra il sé e gli altri che si svolge fuori dagli spazi del potere e non necessariamente all'interno delle culture di gruppo. Anche il profilo dell'identità religiosa subisce continui aggiustamenti sociali che rendono molto più simili le diverse culture alla luce di un progressivo processo di comune secolarizzazione, inverso a quello che conduce all'irrigidimento delle posizioni più radicali, in genere minoritarie all'interno della comunità di appartenenza». Ma a me sembra che questa sorta di annacquamento delle identità conduca a risultati negativi pari a quelli derivanti dall'integralismo, perché oggi, al contrario, c'è proprio bisogno di tavole morali ben chiare e definite, in quanto solo forti, nel senso di nette e nitide, identità possono risultare credibili e serie nell'impegno di concorrere responsabilmente a spazzare il nichilismo sociale e ad osteggiare la tentazione dello



Occorre, quindi, che gli opulenti popoli occidentali passino da un paternalistico atteggiamento di mera beneficenza (*altruismo*) nei confronti dell'immigrato (considerato un *altro* e non un simile) ad un'accogliente predisposizione solidaristica, che instaura un paritario rapporto biunivoco, cioè di uguale dignità e reciproca utilità, perché non è sempre scontato che ad arricchirsi (anche spiritualmente) sia solo l'ospite, che spesso reca dei doni (non semplici regali) inaspettati e graditi<sup>70</sup>. Insomma, noi ospitanti non possiamo ergerci a civilizzatori (conquistatori, questa volta in terra nostra, come colonizzatori di coscienze) di persone che migrano spinti dalla fame o dalla guerra, anche perché spesso i *migrantes* possono aiutarci a riscoprire o a rideclinare quei valori tradizionali che le nostre moderne civiltà «avanzate» hanno smarrito da tempo, e con essi anche l'autentico senso dell'umana convivenza<sup>71</sup>.

---

Stato di rinverdire perniciose mire totalitarie. Va, quindi, fugata l'illusione della possibilità di ridurre ogni scibile umano ad un unico codice empiriologico e, con essa, l'insorgere di pretese olistiche ed esclusive in favore del diritto statale: cfr. **S. BERLINGÒ**, *'Desacralizzazione' del diritto e itinerari canonistici del Novecento*, cit., 1383.

<sup>70</sup> In questa prospettiva **C. PINELLI**, *La ricerca della giusta distanza e la prospettiva del diritto interculturale*, cit., 83 s., segnala che «si è dimostrato in modo convincente come un riconoscimento del diritto di elettorato attivo e passivo agli stranieri residenti nel Paese da un ragionevole periodo di tempo, e a prescindere dall'acquisizione della cittadinanza, non solo non è incompatibile con le premesse delle democrazie pluralistiche, ma corrisponde alle istanze di inclusività di cui si alimentano. La misura [...] cambiando radicalmente la mappa degli elettori e aprendo la competizione a candidati stranieri, disincentiverebbe ogni collusione dei rappresentanti con i supposti istinti primari dei cittadini-elettori. E canalizzerebbe nel processo democratico, politicizzandole, le istanze identitarie delle comunità di immigrati che diversamente si addensano tutte nella sfera culturale».

<sup>71</sup> In proposito **M.C. FOLLIERO**, *Multiculturalismo e aconfessionalità: versioni attenuate dei principi di pluralismo e laicità*, cit., 134, afferma: «Verso le aule giudiziarie si è incanalato quel bisogno, proveniente "dalla pancia" della società di individuare dei "filtri" tra noi che siamo le cd. società ospitanti con certe tradizioni, caratteristiche identitarie profonde e valori considerati necessariamente migliori e gli "estranei", ovvero i migranti, che continuano a farvi ingresso, tenendo stretto a sé poco altro che non sia un bagaglio comportamentale e culturale, frutto di abitudini e convinzioni morali inveterate, anch'esse irrinunciabili». Mi sembra sia giunto il momento in cui il diritto non si occupi del problema dell'intercultura solo nelle sue sedi «patologiche» delle aule giudiziarie, ma prima ancora, là dove opera genuinamente, nel suo fisiologico alveo di sviluppo dinamico della società. «Si tratta, in vero, dell'obiettivo ambizioso di saper collocare ogni "testo" giuridico nel suo "contesto", perché riveli le sue più riposte ed autentiche potenzialità, non quelle che lo conducono ad identificarsi con *la* Cultura, ma quelle che lo orientano nel senso dei nessi e dei legami con tutte le altre: *pluri-versus* e, ad un tempo, *uni-versus*. Così ogni cultura o, se si preferisce, ogni "testo" può sviluppare le sue più riposte ed inattese attitudini ad entrare in rete, ed a partecipare alla formazione di un "ipertesto", il diritto



In questi termini mi pare possa realizzarsi non utopisticamente l'intercultura, ovvero la parziale permeabilità fra culture, che conduce alla loro crescita ma non all'omogeneizzazione culturale, cioè, alla perdita delle specifiche identità. Non deve apparire, quindi, necessario che dal dialogo fra due culture scaturisca un terzo ambito culturale in cui le due identità dialoganti si fondano insieme, abdicando alle rispettive riserve di senso. L'importante è che, nel relazionarsi fra «diversi», pur non condividendo l'«altro», si rispetti la «comune» natura umana. In sintesi: non un terzo mondo, ma il mondo reso migliore da tante identità che convivono cooperando per far raggiungere all'umanità tutta intera sempre più avanzati stadi di civiltà.

Trasferendo tali riflessioni dal piano politico-sociologico al piano più squisitamente giuridico, è agevole, del resto, constatare come solo un diritto che fondi le sue qualificazioni normative sui valori, sempre nuovi e diversi, che vivono nella società, può tendere ad essere il più effettivo possibile, cioè vigente non soltanto formalmente nelle disposizioni di legge, ma anche sostanzialmente perché avvertito come necessario e giusto dal maggior numero di consociati. Pertanto, si rende viepiù necessario ricorrere a canali di giuridificazione delle libertà civili, ed in primo luogo della libertà di coscienza, che assecondino il massimo dei valori presenti nella società. Per questo occorre anche un diritto leggero, *soft*, che possa insinuarsi fra le diverse culture, che porti l'orecchio vicino alle varie voci del dibattito sociale, che si rechi nelle periferie ove più alto è il disagio, insomma un diritto che si scomodi, che scenda dal suo trono autoritario, che dismetta i panni di presunta maestà, e si faccia invece linfa vitale che, scorrendo fra le diverse componenti della società, consideri le loro particolari difficoltà, e fornisca possibili soluzioni per un fisiologico sviluppo sociale<sup>72</sup>. Non mi

---

interculturale, appunto»: **S. BERLINGÒ**, *Diritto interculturale: istruzioni per l'uso di un ecclesiasticista-canonista*, cit., 46.

<sup>72</sup> **G. CASUSCELLI**, *Il silenzio, il conformismo e ... il diritto ecclesiastico*, cit., 3, revoca in dubbio che «una concezione normativistica dell'ordinamento [sia] in grado di sopprimere o modificare gli interessi umani di quanti chiedono l'apprestamento di una tutela giuridica adeguata ed efficace»; ed in nota 6 cita, emblematicamente, sin dall'interrogativo che costituisce il titolo, l'intervento di **A. ALBISETTI**, *Un diritto "tanto lontano dalla vita"?*, in *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, cit., 219 ss. «In effetti, uno dei motivi dell'attuale crisi dello Stato e della politica risiede proprio in questa denunciata lontananza del "potere" dal "popolo", cioè in un deficit di sovranità, cosa che si presenta, in sostanza, come un impoverimento (o forse una elusione) del dettato dell'art. 1 della Costituzione, che attribuisce la sovranità al popolo (il che significa a tutte le sue componenti nel loro insieme)»: **G. DAMMACCO**, *Multiculturalismo e mutamento delle relazioni*, cit., 104. Lo stesso A., *ibidem*, 88, aggiunge: «I rapporti tra culture diverse sono spesso caratterizzati da asimmetrie di potere, che si manifestano sia a livello politico-amministrativo sia con riguardo al contenuto dei



sento, dunque, di condividere l'idea di un diritto puro di kelseniana memoria, bensì, al contrario, ritengo più utile un diritto che si contamini (come fanno i medici che visitano gli ammalati per curarli) o che si sporchi le mani dei variegati *inputs* metagiuridici o pregiuridici, o forse soltanto provenienti da esperienze giuridiche di tipo diverso, perché più fortemente compenstrate con i loro specifici patrimoni culturali<sup>73</sup>. L'importante è che l'ordinamento giuridico della *polis* non

---

rapporti intersoggettivi e personali. La asimmetria definisce l'esistenza di un centro dominante (o che si ritiene dominante per il fatto di essere il soggetto o il luogo delle decisioni) e la periferia subalterna (che può essere considerata il soggetto senza diritti, o alla ricerca della tutela dei diritti rivendicati, con scarso potere contrattuale in ambito economico, politico e culturale). I nuovi soggetti subalterni appartengono prevalentemente al mondo e alla cultura periferiche e sono portatori di un interesse a realizzare un percorso di emancipazione sociale, mentre il centro è portatore di un interesse alla conservazione dei benefici acquisiti. Per questo le trasformazioni del sistema sociale richiedono un metodo di intervento innovativo, adeguato a favorire il processo di emancipazione e di integrazione, nella affermazione dei diritti fondamentali e individuando un percorso di estensione e di integrazione dei diritti e dei doveri. Da un lato si deve favorire l'integrazione del processo identitario dei nuovi soggetti e dall'altro garantire la sicurezza e il progresso sociale». Infine **M. RICCA**, *Sul diritto interculturale. Costruire l'esperienza giuridica oltre le identità*, in *Daimon*, 2008/8, 21, afferma: «I teorici così come gli operatori del diritto usano le leggi e la conoscenza degli orientamenti giurisprudenziali per rispondere alle domande che i fatti, i problemi della vita, delle persone pongono sotto i loro occhi. Queste risposte non sono confezionate, né i fatti hanno etichette che li contraddistinguono in senso giuridico indicando soluzioni già esistenti e perfettamente prefigurate. D'altronde il diritto vigente e vivente è stato prodotto per dare soluzione a quei problemi pratici. Esso ha senso solo se posto in relazione ad essi. Ogni diritto, anzi ogni esperienza giuridica è influenzata dal contesto sociale e in esso svolge la sua funzione e assume significato».

<sup>73</sup> Fenomeno ben sintetizzato dalla tipica nota della coesione nel diritto canonico, sulla quale v. **S. BERLINGÒ**, *Diritto canonico*, cit., 76 ss. Si veda, altresì, *retro* la nota 63. In questa sede mi sembra opportuno segnalare, **S. BERLINGÒ**, *Il diritto «familiare» nell'ordinamento canonico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, I, 630 s., ove ritiene, fra l'altro, che «la assoluta inesigibilità giuridica dei fatti di sentimento non è insuperabile, nonostante la sua carica provocatoria e suggestiva. Essa stessa sta e cade insieme alla concezione del diritto al cui interno si genera: quasi potesse esservi diritto solo dove c'è forza fisica o materiale e quindi possibilità di ottenere esecuzioni specifiche e puntuali delle prestazioni giuridicamente dovute. Questa idea del diritto risulta, invece, deficitaria, perché consegnerebbe all'ambito del "*non droit*" non solo le prestazioni relative ai fatti di sentimento, ma anche quelle connesse con qualsiasi fenomeno interiore o psichico di carattere immateriale, foss'anche dettato solo dall'intelletto e dalla volontà. [...] Non si può [...] negare - se non partendo, appunto, da una pregiudiziale razionalistica e volontaristica - che pure i sentimenti e gli affetti possono essere promossi, educati, curati, custoditi, sorretti e tenuti in vita da adeguati ed opportuni comportamenti oggettivamente verificabili, quindi valutabili ed esigibili pure da un punto di vista giuridico. [...] Va piuttosto indagato fino a che punto, in quali contesti e con quali comportamenti gli interessi umano-personali evidenziati dai fatti di sentimento possono essere soddisfatti da prestazioni valutabili e conseguibili in sede giuridica».



faccia mai prevalere, nella sua ricetta (normativa) per il perseguimento del bene comune, una sola particolare concezione spirituale, ma riesca a trasfondere nei suoi disposti disciplinari, il maggior numero di etiche presenti nella società, anche quelle più diverse e più nuove<sup>74</sup>. Desidero, ulteriormente, precisare che, nel momento in cui il diritto studia le problematiche sociali, analizza nello stesso tempo i correlati valori etici sottesi alle difficili o tragiche scelte di vita. Pertanto, la risposta (o soluzione) giuridica non sarà una «pozione magica» creata in un ambiente sterile o asettico, cioè refrattario o insensibile a qualunque elemento perturbatore esterno. Viceversa, sarà una risposta basata su una riformulazione delle tavole etiche particolari alla luce dei valori giuridici generali presenti nella Costituzione, che non sono eticamente circoscritti ad una «famiglia» culturale specifica ma oggettivamente civili e, quindi, comuni a tutti gli esseri viventi ai quali viene riconosciuta dignità umana. E questa, direi quasi quotidiana, azione del diritto non servirà solo a disciplinare il contingente problema sociale che l'ha innescata, ma, più in generale, consentirà anche di mantenere/aggiornare il reticolo assiologico fondamentale dell'ordinamento giuridico, contribuendo a rifondare continuamente una società veramente plurale<sup>75</sup>. Ecco che riemerge il saggio rapporto di

---

<sup>74</sup> **S. FERRARI**, *Stati e religioni in Europa: un nuovo baricentro per la politica ecclesiastica europea?*, cit., 10 s., afferma: «Dopo il declino delle grandi ideologie secolari, le religioni sembrano essere rimaste le uniche forze ancora capaci di parlare il linguaggio delle identità collettive, di offrire ai propri fedeli una chiave interpretativa della realtà ed un senso di appartenenza, di mobilitare significativi gruppi di seguaci. Questo potere è troppo importante per essere ignorato dagli uomini politici che, da un lato, vogliono evitare che la religione sia sfruttata per creare disordine politico e sociale e, dall'altro, sono a loro volta tentati di sfruttare la religione per i propri scopi di politica interna ed estera. Ma l'uno e l'altro obiettivo non possono essere raggiunti senza sporcarsi le mani, immischiandosi con la religione, stabilendo contatti con le comunità religiose e, pertanto, rinunciando ad una politica di rigida separazione». E **S. BERLINGÒ**, *Diritto interculturale: istruzioni per l'uso di un ecclesiasticista-canonista*, cit., 45 s., aggiunge: «È solo il diritto a poter tradurre nel vissuto quotidiano ed effettivo delle democrazie coeve il nobile anelito del maggiore rispetto possibile per le più diverse culture. Nella progressiva (anche se non totale) traslazione della sovranità dagli apparati politici delle comunità (organizzate negli stati) direttamente in capo alle "culture" che in esse operano, sempre più come impreteferibile si conferma il ruolo del diritto, cui spetta il compito di selezionare le aspettative ragionevolmente e praticamente accettabili e tollerabili da un determinato ambito di vigenza spazio-temporale».

<sup>75</sup> In proposito **S. PRISCO**, *Intervento nella tavola rotonda di presentazione al volume "Il multiculturalismo nel dibattito bioetico"*, cit., 482, afferma: «Il multiculturalismo, che tanto ci fa riflettere in questo momento storico, deve infatti veleggiare tra due opposti e pericolosi gorgi. Il primo consiste nell'assimilazione delle culture diverse e minoritarie in quella dominante di un Paese: essa evidentemente lo nega.



complementarità/distinzione che deve intercorrere fra diritto ed etica (*rectius* etiche), cui spesso faccio cenno nel corso del presente lavoro. Usando un'altra metafora, mi piace raffrontare l'opera di un buon diritto con la benefica azione ematica: il sangue arterioso, cioè pulito e ricco di ossigeno, va ad irrorare le cellule in tutto il corpo, nutrendole ed accrescendole, e, sporcandosi dei loro rifiuti, diventa quindi sangue venoso. Questo, dopo essere stato rigenerato nel cuore, riprende poi lo stesso ciclo incessantemente per una sana crescita dell'organismo. Alla stessa stregua, il diritto deve curare e guarire la società dai mali che l'affliggono e farle raggiungere gradi più alti di sviluppo, rigenerandosi di continuo alla luce dei valori costituzionali, primo fra tutti quello dell'esplicazione della personalità umana, *ex art. 2 Cost.*

Se il diritto non può svolgere questo impegnativo compito sempre e solo attraverso categorie e modalità uniformi ed omogenee (diritto comune), non deve preoccupare eccessivamente, perché l'ordinamento (unitario, statale) non è un fine in sé, bensì uno strumento a servizio proprio delle multiformi esigenze di valorizzazione della dignità dell'uomo<sup>76</sup>. Quindi, per realizzare questo

---

All'apparenza, la via contraria della separatezza sembrerebbe invece riconoscerlo: ma è davvero così? Cingere le singole comunità che vivono in un determinato ambito territoriale di alte mura e tirare su i ponti levatoi significa davvero aprire la via all'affermazione di una società multiculturale? Mettiamola così: si giustapporrebbero senz'altro in questo caso più culture - ognuna coi suoi sistemi di vita, di istruzione, di relazioni amicali, amorose e di affari chiuse in se stesse - ma non si darebbe una società; intendo: non *la medesima*, non *una comune a tutte le culture*. Le due differenti opzioni, a ben vedere, sono identiche in un punto: nell'essere entrambe *a-dialogiche*. La strada dunque più difficile, ma forse obbligata, è allora la terza: quella dell'apertura ragionevole, della contaminazione, che mette capo - in prospettiva e come tendenza sulla linea dell'orizzonte - alla logica del *meticcio*: quella per cui tutte le identità, incontrandosi entro una situazione concreta e storicamente data e perciò anche condizionata, ne escono alla fine ciascuna trasformata». Diventa quindi necessario «un *melting pot* che riconosca diritti e richieda al tempo stesso l'adempimento dei doveri (secondo la logica letteralmente sottesa all'articolo 2 della nostra Costituzione)». Sull'ambivalenza semantica del termine multiculturalismo v. altresì **S. BORDONALI**, *Le istanze religiose di fronte ai meccanismi di produzione giuridica*, cit., 83 s., cui *adde* **P. CONSORTI**, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, cit., 199 ss.

<sup>76</sup> «Oggi si ripete più volentieri l'affermazione dell'antica sapienza che il diritto, tutto il diritto, è costituito *hominum causa*, ha una ineliminabile dimensione strumentale, è strumento per l'uomo e alle sue esigenze deve piegarsi ed elasticizzarsi»: **P. GROSSI**, *Diritto canonico e cultura giuridica*, cit., 28. In proposito **P. CONSORTI**, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, cit., 198 s. - citando **A. NAVE**, *Diritto all'uguaglianza o uguale diritto ad essere diversi?*, in *Il problema della diversità: natura e cultura*, a cura di F. Bellino, Roma, 1996, 159 s. -, ritiene che «probabilmente, stante la situazione attuale, si deve concordare con chi ha avvertito come "più che di diritto all'uguaglianza, bisognerebbe



scopo può anche, a volte, rendersi necessario ricorrere ad assetti giuridici differenziati (bilateralmente convenuti), che non creino privilegi e discriminazioni, *ex art. 3, 1° comma, Cost.*, ma forniscano adeguate soluzioni ai problemi specifici e diversi dei variegati contesti sociali, *ex art. 3, 2° comma, Cost.*; così come può accadere, ancora, che non sempre tali strumenti normativi si connotino dei tratti tipici del diritto cogente o autoritario, ma si avvalgano di forme nuove e più duttili, capaci di performare meglio la mutata situazione sociale (*soft law*).

Del resto, non bisogna aver timore di innescare le opportune e calibrate metamorfosi giuridiche, perché ciò sarebbe perfettamente in linea col carattere dinamico del diritto. Invero, la notazione «propria dei sistemi giuridici contemporanei più evoluti, è quella di essere “*adattivi*”, ossia capaci di operare continui aggiustamenti e correzioni di rotta nel corso del loro processo di attuazione, perché solo così un ordinamento è in grado di preservare e di favorire il progresso della comunità umana cui presiede, senza bloccarlo. Per altro, un ordinamento tanto più si manifesta idoneo ad adeguarsi, via via, al progredire della società, quanto più risulta capace di verificare ed assimilare esperienze ulteriori e diverse rispetto a quelle maturate nel proprio ambito, quanto più si dimostra *aperto* al confronto ed al rapporto con altri ordinamenti, senza assumere come assolutamente definitivi i propri postulati originari»<sup>77</sup>.

---

parlare di uguale diritto ad essere diversi: senza la ‘diversità’ come presupposto base, non sarebbe neanche proponibile [...] un vero discorso su diritti e doveri’». Esprime, invece, qualche perplessità su «un regime di statuti personali», E. VITALI, *L’evoluzione del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 38, perché «può rimandare al regime delle capitolazioni, appartenente all’epoca del colonialismo e che costituiva una limitazione alla sovranità dello Stato. [...] Neppure [gli] sembra di poter condividere l’orientamento che vede la libertà religiosa come una monade sottratta a qualsiasi confronto con gli altri diritti fondamentali, come se il bene da tutelare fosse la differenza, la diversità, fino a ignorare i valori inderogabili, su cui si fonda la nostra democrazia, che sono alla base del patto costituzionale».

<sup>77</sup> S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, cit., 71. Mi sembra opportuno riportare in questa sede le affascinanti riflessioni di E. DIENI, *Il diritto come «cura». Suggestioni dall’esperienza canonistica*, in *Stato. Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), giugno 2007: «Nonostante il dilagare dei paradigmi economico-utilitaristi nel diritto dell’“età della tecnica”, sembra ci siano ancora, tra i giuristi, sacche di resistenza in cui si combatte per conservare, recuperare, ricercare valori umanistici» (1). In questa tensione s’inserisce l’invito a esplorare il “suolo assai meno sicuro” costituito dall’ampio bagnasciuga che non è più “diritto” di tipo “economico” ma non è ancora necessariamente non-diritto, potendo essere semplicemente un diritto di tipo diverso» (5). Per esempio «un sistema normativo “dolce” (= “debole”, “persuasivo”, “mite”, “argomentativo”, “dialogico”; “curativo” della fragilità umana)» (55), così come è l’amorevole cura della madre verso il figlio. «Sembrirebbe insomma di poter dire che un diritto “flessibile” (o “mite”, o “duttile”) opposto ad



Tutto ciò, in definitiva, consentirà di coniugare al meglio la laicità dello Stato con le plurali identità delle varie comunità spirituali in un saggio rapporto di complementarità/distinzione. Del resto, laicità deriva da *laòs*, ed «etimologicamente, oltre che concettualmente, *laòs* è il popolo degli individui che coltivano una specifica e particolare identità; sicché a me sembra che la declinazione più attuale della laicità di un sistema di governo debba tendere a far sì che non sia tanto il “diverso” o l’altro a riconoscersi nell’uno, ma sia quest’ultimo a riconoscersi nell’altro e nel diverso. Ogni singola “laica” persona potrà essere coinvolta e valorizzata non dal vuoto o dal troppo pieno di istituzioni intrise di una laicità puramente formale, del tutto sazia della propria opulenza e turrita immanenza, piuttosto da un assetto comunitario ispirato da una laicità inclusiva della nostalgia del “totalmente altro”»<sup>78</sup>. Una sana

---

uno rigido, come le soluzioni “deboli” opposte a quelle “forti” siano espressivi di un genio giuridico più “femminile” che “maschile”. Correlativamente, un interprete propenso a (in)seguire modelli inesorabilmente deduttivistici nel motivare, formalista e positivista, ispirato al *fiat justitia* [formale], *pereat mundus!*, sarà un tipo di giurista “virile” o, meglio, “virilista”. Ed uno più problematico, disposto a soppesare i *pro* e i *contra* di ciascuna ragione, alla ricerca dell’argomento migliore, consapevole che la sua scelta può incidere sulla situazione esistenziale di una o più persone, sarà più facilmente ascrivibile a un modello “femminile” (20 s.). [...] «Ovviamente, anche quando usate per caratterizzare il “tipo” dell’interprete, le note della “maschilità” e della “femminilità” vanno intese come categorie dello spirito, rielaborate culturalmente rispetto all’indole “naturale” (se pure questa esista) di ciascuno dei sessi: così come infatti vi sono dei giuristi “miti” o “femminili” di sesso maschile, tra i più “maschili” si annoverano molte donne» (21 in nota 56). [...] «A un modello di tal genere si potrebbe guardare, se non come a una rocca sull’onda, quantomeno come a una riva di approdo cui tendere e sulla quale cercare riparo dai venti e dalle maree, sempre più forti, di un secolo tecnologico» (68).

<sup>78</sup> S. BERLINGÒ, *Laicità dello Stato, confessioni e gruppi religiosi*, in AA.VV., *Ispirazione cristiana, causa dell’Europa*, (Atti dell’incontro di Camaldoli 30 giugno-2 luglio 2000), 70 ss. In tema, da ultimo, si possono vedere J. BAUBEROT, *Le tante laicità del mondo*, Roma, 2008, e J. SEARLE, *Occidente e multiculturalismo*, Milano-Roma, 2008. E. VITALI, *L’evoluzione del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 38, ritiene che, «proprio perché la nostra Costituzione non guarda solo al passato, ma costituisce una garanzia per il presente e anche un progetto per il futuro, [...] non si possa accettare una idea di laicità che faccia riferimento (e quindi tutelati) esclusivamente ai valori portati dalla tradizione religiosa della maggioranza, atteso che la laicità implica un regime di pluralismo religioso e culturale ed è in funzione dei diritti delle minoranze». In proposito M. RICCA, «Multireligiosità», «multiculturalità», «reazioni dell’ordinamento». *Tre segnavia per il diritto interculturale*, cit., 171, afferma: «All’interno dei contesti democratici multiculturali la traduzione *scopo giuridico* non ha come obiettivo finale di tradurre la cultura, il suo sistema simbolico considerato nella sua integrità ed integralità; né solo e semplicemente (sic!) un testo che esprima il suo valore significante all’interno di quel sistema. Questa traduzione deve fedeltà anzitutto al soggetto, all’individuo che afferma di appartenere ad una cultura, ma che ha anche il diritto di autorappresentare quella cultura e di usarla, di



laicità, pertanto, non si deve tradurre negativamente, come è accaduto in passato, in laicismo o in separatismo, ma deve invece agevolare in positivo la manifestazione dei diversi sentire e favorire il loro dialogo, nonché la loro cooperazione con le istituzioni, al fine di rendere l'uomo veramente libero e, quindi, più persona.

Non si lede, allora, l'identità laica dello Stato se l'ordinamento giuridico si dimostra sensibile alle leggi personali che i cittadini osservano per orientare dal punto di vista etico-religioso le proprie condotte. In tale contesto, la locuzione *favor religionis* non indica una «riserva, sul piano delle fonti, di uno spazio eminente per uno o più corpi normativi confessionali distaccati dall'insieme»<sup>79</sup>; l'esperienza giuridica italiana rimane sostanzialmente unitaria, nonostante i differenti contributi che non minano la coesione del sistema, perché questo rimane coerentemente rivolto al perseguimento dell'unico vero fine: l'esplicazione della personalità umana, *ex art. 2 Cost.* Viceversa, si creerebbe un privilegio o discriminazione (vietati dall'art. 3 Cost.) se si consentisse al particolare corpo normativo confessionale una rilevanza tale da permettere ai suoi destinatari (fedeli) di perseguire, pure *in civitate*, un fine contrastante con quello generale della comunità politica, o un fine diverso ma con mezzi abnormi, eversivi, incompatibili con le più elementari regole di convivenza civile: così, ad esempio, la salvezza dell'anima, fine spirituale-particolare, diverso dal più generale fine del bene comune temporalmente inteso, può essere legittimamente

---

interpretarla all'interno del suo nuovo contesto di vita, cioè della società di accoglienza. La stessa società, poi, che nell'accoglierlo si *fa* interculturale (Tully)». Infine S. BERLINGÒ, *Diritto interculturale: istruzioni per l'uso di un ecclesiasticista-canonista*, cit., 47, precisa che un diritto interculturale non può essere indirizzato «a favorire una semplice traduzione del linguaggio prescrittivo di una cultura nei termini meramente lessicali (o sintattico-grammaticali) di un'altra cultura. Un'opera del genere rimarrebbe puramente "inerte" e, dunque, risulterebbe impari rispetto alle finalità pratiche del diritto, di ogni e qualsiasi tipo di diritto. Né sarebbe più utile un esito che conducesse ad una sorta di esperanto prescrittivo, con la pretesa di sostituire, e quindi annullare, le proprietà peculiari di ogni "idioma" giuridico».

<sup>79</sup> S. BERLINGÒ, *Fonti del diritto ecclesiastico*, cit., 4. Più in generale, l'espressione *favor religionis* non è usata in senso privilegiario, quasi a riconoscere un più positivo giudizio alle posizioni soggettive illuminate da valori religiosi e a discriminare *in pejus* scelte di vita altrimenti orientate dal punto di vista etico. Si vuole semplicemente sottolineare ed agevolare l'efficace ruolo svolto dalla libertà religiosa come prototipo attraverso cui sperimentare e sviluppare viepiù democratiche forme di giuridificazione delle altre libertà fondamentali. Invero, è proprio grazie alla rivendicazione della libertà religiosa ed al continuo tentativo di risolvere le sempre nuove problematiche ad essa connesse che si sono innescati quei meccanismi dialettici che hanno consentito lo sviluppo del pluralismo ed affinato la speculazione in ordine ai rapporti tra il mondo del diritto ed i mondi dell'etica.



perseguita se l'ordinamento personale confessionale non richiede atti di coercizione o, peggio ancora, sacrificio di vite umane (*kamikaze*).

Pertanto, stipulare intese Stato/singoli gruppi culturali permette di instaurare una trasparente relazione giuridica, l'unica che consente democraticamente di rapportare due entità così eterogenee (temporale/spirituale) senza dover abdicare alle rispettive identità (laicità/eticità)<sup>80</sup>. In altri termini, le due *distinte* parti mettono in comune, in un negozio transattivo, solo ciò che possono temperare o affievolire secondo le proprie tavole assiologiche fondamentali, al fine di realizzare i reciproci o *complementari* interessi ad una convivenza più pacifica ed umana<sup>81</sup>.

È chiaro che l'identità laica dello Stato è viepiù affermata, nel quadro delle compatibilità costituzionali, se si sviluppa coevamente anche l'altro sottosectore del diritto ecclesiastico, quello dell'unilateralità statale, attraverso il varo della tanto attesa legge generale sulla libertà religiosa, che consentirebbe non solo l'eguale libertà di *tutte* le Confessioni (anche di quella senza intesa) *ex art. 8, 1° comma, Cost.*, ma soprattutto l'uguaglianza di *tutti* senza distinzione di ... religione *ex art. 3, 1° comma, Cost.*, perché anche il singolo va tutelato, a prescindere dal suo inserimento in un gruppo etico-religioso o dal suo agnosticismo.

Mi pare, in ultima analisi, di potere affermare che l'insieme coordinato delle fonti del diritto ecclesiastico, pur avendo delle indubbie e rilevanti peculiarità<sup>82</sup>, anche *soft*, rispetto al sistema generale

---

<sup>80</sup> «È interessante notare al riguardo come la rilevata tendenza relazionale si sia sempre espressa in termini giuridici. Ciò è facilmente comprensibile, se si pensa che il diritto postula, di per sé, una relazione ed è sempre espressione normativa di una relazione. Si deve tuttavia riflettere sul dato che il diritto consente, sia pure con i limiti suoi propri, di rapportare realtà altrimenti del tutto incomparabili come Chiesa e comunità politica. La politica divide, le ideologie dividono, le diverse concezioni etiche dividono; anche le fedi religiose possono dividere [...]. Viceversa il diritto - ripetesì: con i limiti suoi propri e ben diversamente dalla funzione unificatrice che oggettivamente possiedono la morale e la religione - è in grado di superare le divisioni, non imponendo necessariamente alle diverse parti del rapporto di rinunciare parzialmente o del tutto alla propria identità»: G. DALLA TORRE, *La città sul monte*, cit., 18.

<sup>81</sup> L'intesa, quindi, consente di inserire i rapporti tra il mondo della politica ed il mondo della specifica etica in un - mutuando un'espressione di M. RICCA, *Sul diritto interculturale. Costruire l'esperienza giuridica oltre le identità*, cit., 16 - «mondo terzo. Un mondo idoneo a farsi specchio, almeno in parte, di quei frammenti di mondo e solo di quelli che gli interlocutori coinvolti nel dialogo democratico decidono di porre sul tappeto del confronto», per evitare reali o potenziali conflitti fra i due singoli mondi.

<sup>82</sup> A titolo esemplificativo, «una consolidata giurisprudenza, infatti, ha ritenuto che le norme di derivazione pattizia, in forza della loro rilevanza o copertura



delle fonti, risulta perfettamente legittimato non solo dai valori apicali dell'intero ordinamento costituzionale (art. 2: esplicitazione della personalità umana e pluralismo delle formazioni sociali; art. 3: uguaglianza formale e sostanziale dei consociati)<sup>83</sup>, ma anche dalle nuove connotazioni *soft*, o diverse gradazioni di «durezza», che il diritto deve oggi assumere - pur mantenendo insieme alcuni tratti più *hard* - per guidare incisivamente il progresso sociale nel contesto delle recenti problematiche innescate dal pluralismo e dalla globalizzazione.

Nel tentativo di affrontare e gestire tali problematiche, non sembra inevitabile creare una nuova disciplina giuridica *ad hoc*, in quanto già il diritto ecclesiastico, per storia e natura sue, si occupa dei rapporti fra diritto/i e religione/i<sup>84</sup>; basterebbe, a mio avviso, estendere l'oggetto dello studio anche alle relazioni fra la comunità politica e quei gruppi che danno un senso al loro stare insieme perché mossi da una tensione spirituale/culturale non orientata confessionalmente e

---

costituzionale: (a) possono essere dichiarate costituzionalmente illegittime solo quando siano violati i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, ammettendo dunque che esse hanno la forza (attiva) di negare o di resistere ai principi (non supremi) ed alle norme della Costituzione e delle altre leggi costituzionali; (b) non possono essere modificate o abrogate in via unilaterale a mezzo di leggi ordinarie, ma che potrebbero esserlo solo a mezzo di leggi di revisione ex art. 138 Cost.; (c) sono sottratte alle vicende referendarie di cui all'art. 75 Cost., affermando l'esclusività del potere "estero" del Governo nella disciplina dei rapporti con le confessioni; (d) sono insuscettibili di pronunzie additive»: **G. CASUSCELLI**, *Le fonti (pattizie) del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 53.

<sup>83</sup> «L'integrazione delle fonti di diritto ecclesiastico con quelle dell'insieme si realizza, in altre parole, sulla base della circostanza che le "prime" fonti del diritto italiano sulle credenze religiose sono le norme della Costituzione, e che quindi gli apici del sotto-sistema coincidono con quelle del sistema, in una superiore unità di "legalità costituzionale"»: **S. BERLINGÒ**, *Fonti del diritto ecclesiastico*, cit., 8. Non si può non ribadire in questa sede «che la Corte costituzionale ha svolto un ruolo insostituibile di adattamento del sottosistema normativo del diritto ecclesiastico ai principi della Carta, posti a garanzia delle estrinsecazioni del sentimento religioso individuale e collettivo. La Corte, abbattendo (forse sarebbe più esatto dir 'mediando'), almeno in parte, le interpretazioni elaborate negli anni '50 nel contesto di un diritto ecclesiastico inteso come diritto speciale, sorretto dal legame tra articolo 7 Cost. e Concordato, ha fatto sì che il nostro sistema non sia più autoreferenziale. Ne è derivato un sottosistema, che si pone in connessione con tutti i principi costituzionali»: **E. VITALI**, *L'evoluzione del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 33.

<sup>84</sup> Comunque sia, le molteplici sfaccettature della problematica interculturale non possono essere gestite esaustivamente solo con un approccio giuridico, bensì con uno studio multidisciplinare che impegni accanto a giuristi anche antropologi, filosofi, sociologi, politologi, eticisti, teologi, ecc.



comunque organizzata giuridicamente<sup>85</sup>. In definitiva si tratterebbe di

---

<sup>85</sup> In tale contesto, si «segnala l'affermarsi di una diversa nozione di laicità dello Stato, dove l'accento cade meno sulla contrapposizione religioso/secolare (a cui corrispondeva la coppia privato/pubblico) e più sulla integrazione nella sfera pubblica, e in posizione di parità, dei progetti sociali generati da un *ethos* tanto religioso quanto secolare. [...] Questo passaggio [...] porta a configurare lo spazio pubblico come luogo di civile confronto tra i modelli di convivenza proposti dalle diverse famiglie spirituali e filosofiche della nazione»: **S. FERRARI**, *Introduzione*, in *Quad. Dir. Pol. Ecl.*, 1997/1, 4. In base a questa prospettiva, pertanto, risulta confermata ed ancor più avvalorata l'idea di attingere all'esperienza, tipicamente ecclesiasticistica, delle intese, «attraverso le quali lo Stato è costantemente provocato a mantenere la consapevolezza della propria identità secolare, laica, e quindi sollecitato a ricercare al di fuori di sé, nell'ordine [etico], quei principi [...] su cui esso si sostiene»: **G. DALLA TORRE**, *Bioetica e diritto*, cit., 26. A sostegno della tesi che lo Stato dovrebbe adottare nei confronti dei gruppi etico-sociali moduli di rapporto abbastanza simili a quelli utilizzati fino ad ora verso le Confessioni religiose può addursi un ulteriore argomento. Invero, appare incomprensibile come mai, a fronte di un evidente fondamento comune tra le concezioni religiose, confessionalmente professate, e le concezioni etiche, ugualmente condivise da gruppi più o meno consistenti di persone — fondamento riscontrabile in quella comune matrice che è la libertà di coscienza —, si debba concretizzare un sistema istituzionalizzato di rapporti solo tra l'ordine giuridico secolare e l'ordine religioso e non anche tra il primo e l'ordine (o gli ordini) etici. In un tale contesto, che tutela la libertà di coscienza solo se confessionalmente orientata, i gruppi diversamente ispirati da un punto di vista etico cercano di esercitare la loro «forza» per far valere i propri principi, presentandosi come gruppi di pressione (*lobbies*) nelle sedi più qualificatamente deputate alla giuridificazione dei vari fenomeni sociali. In questa prospettiva, l'apporto dell'esperienza ecclesiasticistica potrebbe rivelarsi utile nell'indirizzare verso esiti capaci di attribuire maggiore trasparenza e dignità (costituzionale) alle «negoziazioni», più o meno officiose, intercorrenti di fatto tra i rappresentanti di tali gruppi e le istituzioni civili. Non può, infatti, ritenersi soddisfacente il grado di ufficialità conferito a questi «contatti» dal ricorso allo strumento delle audizioni parlamentari o ad analoghe istanze. Bisogna, in definitiva, affrancare tale materia dallo stato di improvvisazione e di precarietà in cui attualmente versa e che condiziona il buon esito delle «negoziazioni» alle variabili maggioranze politiche. Occorrerebbe quanto meno istituire una vera e propria prassi costituzionale, che conferisca maggiore pubblicità alle «trattative». Meglio sarebbe se venisse emanata anche per questa materia una regolamentazione costituzionale simile alla disciplina ecclesiasticistica dei rapporti Stato/Confessioni religiose. Si tratterebbe, cioè, di riformare la Costituzione per dare una più esaustiva specificazione all'inviolabile diritto di libertà di coscienza, prevedendo a livello di norme costituzionali il ricorso a forme di legge rinforzata come strumento per recepire all'interno dell'ordinamento giuridico gli accordi scaturiti dalle «negoziazioni» tra i singoli ordini etici e l'ordine secolare. Si verrebbero, così, ad «individuare alcune linee o moduli per l'istituzionalizzazione delle procedure più idonee ad evidenziare ed irrobustire le articolazioni dei nessi di complementarità-distinzione intercorrenti fra l'ordine (o gli ordini) dell'etica e quello (o quelli) del diritto»: **S. BERLINGÒ**, *Ordine etico e legge civile: complementarità e distinzione*, cit., 218 in nota 44. In conclusione, il principio di laicità dello Stato (che si è autolimitato, dichiarandosi incompetente in materia



analizzare meglio le interconnessioni fra libertà di coscienza (individuale e collettiva) e pluralismo etico-religioso in una società globalizzata e sempre più multiculturale. Ecco allora che, ancora una volta, va notato come il sistema delle fonti di diritto ecclesiastico, grazie anche alla versatilità del suo pluriforme strumentario giuridico, operi da apripista nel mondo della giuridicità, sperimentando e verificando prima degli altri ambiti di giuridificazione, modalità di risoluzione dei problemi sociali più congrue con la finalità tipica degli ordinamenti giuridici evoluti: la promozione dell'uomo e della convivenza civile.

---

spirituale ma non indifferente ai valori) e il principio di non discriminazione delle convinzioni personali (religiosamente o anche altrimenti fondate dal punto di vista etico) impediscono all'ordine giuridico di continuare a trattare più favorevolmente i gruppi etico-confessionali rispetto a quelli etici *tout court*, perpetrando una palese violazione del principio di uguaglianza nella tutela della libertà di coscienza a seconda se sia o no confessionalmente orientata. Riscontrandosi, allora, numerose analogie tra le «vicende» religiose e quelle etiche, si potrebbe auspicare un nuovo allargamento del campo d'indagine (e di applicazione) del diritto ecclesiastico. Tale materia, infatti, ebbe a rinnovarsi già una volta, ponendosi in una prospettiva di studio finalizzata a stemperare il separatismo, fonte di una assoluta incomunicabilità tra Stato e Confessioni, con un adeguato ricorso a strumenti bilaterali, fonte di una più proficua interrelazione tra i due ordini. Non sarebbe di minor pregio per l'attuale generazione degli ecclesiasticisti «pervenire a una versione ulteriormente aggiornata del *dualismo* che [...] ha saputo coniugare nel corso della storia la distinzione con la complementarità, l'alternatività con la cooperazione e, in definitiva, la libertà delle coscienze con l'eguaglianza dell'ordine giuridico»: **S. BERLINGÒ**, *L'insegnamento del diritto canonico nelle Università Statali italiane. Lo statuto epistemologico di una canonistica laica*, in *Quad. Dir. Eccl.*, 1997, 66.