

PER UNO STUDIO DEL DIRITTO DI LIBERTÀ RELIGIOSA

1. Ogni qual volta ci si trova di fronte a problemi di libertà, il disagio profondo che sorge non deriva solo dall'indeterminatezza di un termine abusato, al quale ciascuno tende a dare il contenuto che più crede conforme alle proprie opinioni, quanto della constatazione che la libertà, per secoli uno dei concetti guida dell'evoluzione storica e sociale, ha finito con il perdere —proprio in capo ad ordinamenti costituzionali, democratici e pluralisti— la sua enorme importanza, quasi che, essendosi finalmente concretizzata in precise disposizioni e principi, si possa ora essere appagati del modo in cui essa è venuta attuandosi. Ma piuttosto che tranquillizzare, l'originario disagio si sostanzia in una più profonda insoddisfazione di fronte alle innumerevoli pubblicazioni che, affrontando tali temi, non solo non aggiungono nulla alla problematica tradizionale ma ne delimitano gli ambiti o ne definiscono gli aspetti, preoccupate unicamente di rapportare la vita pratica del diritto ad un settore talmente rilevante¹. All'abuso si aggiunge così una minimizzazione dei problemi di libertà che non trova alcun riscontro nella realtà solo se —passando dall'analisi dottrinale a quella giurisprudenziale e normativa— si constata come tali principi non siano ancora del tutto attuati tenuto conto che, in particolar modo per la libertà religiosa, le disposizioni costituzionali nulla hanno aggiunto alle precedenti previsioni.

Ma v'è un altro motivo di insoddisfazione, meno contingente ed attuale: la libertà religiosa non è un problema solo giuridico ma anche storico e filosofico, di tale rilevanza da non consentire che questi piani di indagine venissero del tutto dimenticati o esaminati a parte, quasi che il diritto di libertà fosse un qualcosa di più del principio di libertà o che la sua classica configurazione come diritto pubblico subbiettivo — ritenuta anch'essa da tutta quanta la dottrina appagante — potesse prescindere da una valutazione della libertà religiosa come concetto o come valore, dimenticando che da tali matrici e su tali presupposti il diritto era sorto².

1 Cfr. La bibliografia internazionale raccolta da A. Gianni, *Religious liberty - Libert  religioſa* (Strasbourg 1980); e le indicazioni bibliografiche, con riferimento alla produzione italiana, di S. Larićcia, *Diritto ecclesioſtico* (Padova 1986) 990 ss.

2 Oltre la dottrina citata in prosieguo nel corso di questo paragrafo cfr. C. Magni, *Interpretazione del diritto italiano sulle credenze di religioſe*, I: *Possibilit  operative analitiche e strutture d'ordine delle scelte normative* (Padova 1959) 92 ss.; P. A. D'Avack, *Trattato di diritto ecclesioſtico italiano*,

Gli studi del Ruffini, che aveva distinto la storia dell'idea dalla concezione della libertà religiosa come diritto pubblico subbiettivo (e non a caso tra le due opere erano intercorsi quasi venticinque anni), costituiranno —per tutta una serie di motivi— il punto di partenza dell'analisi dottrinale³. Essi, infatti, erano giunti al culmine dello sviluppo della dottrina liberale, prima che i diritti di libertà venissero mortificati, in un periodo di distacco della Chiesa cattolica, per cui avevano un notevole valore ideologico. L'analisi storica da cui partono è fondamentale per evidenziare lo sviluppo del concetto di libertà religiosa o individuare coloro, in realtà molto pochi, che nel corso dei secoli ne assunsero la difesa⁴. I principi teorici che costituiscono la premessa dell'analisi del Ruffini, anche se ora non tutti condivisibili, hanno influenzato notevolmente la dottrina seguente —al punto che, secondo taluni, le sue concezioni, di molto anticipatrici, si sono concretizzate nelle disposizioni dell'attuale costituzione⁵— e così la sua stessa concezione della libertà religiosa come diritto pubblico subbiettivo che, come si è visto, è tuttora accolta da quasi tutta la dottrina⁶.

Vi sono però asserzioni del Ruffini, per altro notissime, che non ci sentiremmo più di sottoscrivere, sia quando sostiene che: “la libertà religiosa non prende partito né per la fede né per la miscredenza “...” non è, come il libero pensiero, un concetto o principio *filosofico*, non è neppure, come la libertà ecclesiastica, un concetto o principio *teologico*; ma è un concetto o un principio essenzialmente *giuridico*”⁷, perché l'aspetto giuridico, se aggiunge indubbiamente un maggior grado di scientificità e di verificabilità, non deve farci dimenticare che nelle concezioni filosofiche o teologiche e in capo a uno svolgimento storico, la libertà religiosa trova le sue radici e che le opzioni normative sono anche di tipo ideologico. E così non ci sentiremmo di condividere —questa volta per motivi diversi, a cioè perché non ci convince quella giustizia distributiva che, sia pure evidenziando una particolare sensibilità storica, finisce però con il favorire una confessione rispetto alle altre— l'asserzione: “che il regolare in modo eguale rapporti giuridici disuguali è altrettanto ingiusto, quanto il regolare in modo disuguale rapporti giuridici uguali “...” poiché, come scrive il Kahl, ‘il vero principio di partitá non suona: a ciascuno *lo stesso*, ma a ciascuno *il suo*”⁸.

Parte generale (Milano 1978) pp. 408 ss.; F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico* (Bologna 1988) pp. 115 ss.

3 Cfr. F. Ruffini, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, introduzione di Arturo Carlo Jemolo (Milano 1967) (ristampa della prima edizione Torino 1901); Id., *Corso di diritto ecclesiastico italiano. La libertà religiosa come diritto pubblico subbiettivo* (Torino 1924).

4 Una collana di classici sulla libertà religiosa, della quale è stato già pubblicato il primo volume —A. Pandolfi, *La libertà religiosa in Spinoza* (Cosenza 1989)— ricomprenderà anche i contributi di Bayle, Bodin, Castellione, Febronio, L'Hôpital, Locke, Milton, I padri fondatori negli Stati Uniti d'America, Fausto Socino, Voltaire, Roger Williams e il Catechismo di Racovia.

5 Cfr. G. Olivero, *Elementi di diritto ecclesiastico* (Torino 1968) 70-71.

6 Cfr. supra nota n. 2.

7 Cfr. F. Ruffini, *La libertà religiosa*, cit., p. 7.

8 Cfr. F. Ruffini, *op. ult. cit.*, p. 15; cfr. inoltre, con riferimento a tale asserzione del Ruffini, M. Tedeschi, ‘Secolarizzazione e libertà religiosa’, *Dir. eccl.* (1986) I, p. 54, e in *Saggi di diritto*

Punti d'arrivo insuperabili e spesso fraintesi dalla dottrina successiva, costituiscono invece le asserzioni: che la libertà individuale esiste solo "dove l'esercizio della libertà degli uni trova un freno ed una regola nell'esercizio dell'uguale libertà degli altri"⁹; che tali libertà non hanno carattere negativo ma essenzialmente positivo per cui è bene "che non si debba perseguire nessuno né privarlo della piena capacità giuridica per motivi di religione"¹⁰; che "lo Stato moderno non deve più conoscere *tolleranza* ma solamente *libertà*: poiché quella suona concessione graziosa dello Stato al cittadino, questa invece diritto del cittadino verso lo Stato. Ora la religione è appunto un campo in cui lo Stato nulla può dare, il cittadino invece tutto pretendere"¹¹; che la libertà di coscienza altro non è che "la facoltà dell'individuo di credere a quello che più gli piace, o di non credere, se più gli piace, a nulla"¹².

Se tali principi fossero stati del tutto compresi ed applicati, anche se non pienamente attuati nelle vigenti disposizioni costituzionali, molti fraintendimenti in tema di libertà religiosa non si sarebbero verificati. Ciò non è avvenuto per il contenuto ideologico di talune posizioni e per la scarsa importanza da esse attribuita alla laicità dello Stato.

Con questa concezione, sostanzialmente individualistica della libertà religiosa, doveva fare i conti la dottrina sviluppatasi dopo l'avvento della Costituzione repubblicana (nel periodo intermedio, infatti, il problema non era stato particolarmente sentito). Non discostandosi poi molto dalle posizioni del Ruffini, essa sottolineava: che v'è libertà giuridica quando il soggetto può liberamente esplicitare la propria volontà mutandone la direzione e orientandola sia in conformità che in contrasto con una norma etica senza subire conseguenze giuridiche¹³; che pertanto la libertà giuridica è assenza da vincoli¹⁴; che tale diritto può pure sostanzarsi nella pretesa, tipicamente liberale, di non intervento e ad un tempo di tutela, da parte dello Stato, con un contenuto non solo negativo ma anche positivo, in modo da poter riguardare anche l'ateismo attivo¹⁵; che le dichiarazioni costituzionali hanno di poco accresciuto la sfera reale di libertà dei cittadini in fatto di religione¹⁶; che ciò che può trarsi dalle norme costituzionali, in particolare dagli artt. 19, 20, 8 e 3 Cost., sono tutta una serie di facoltà¹⁷; e che i molteplici diritti di libertà non potessero essere

ecclesiastico (Torino 1987) 305, ove osserva che, con riferimento "agli individui, il principio costituzionale di eguaglianza non consente più di configurare quelle sostanziali diseguaglianze alle quali si riferiva il Ruffini".

9 Cfr. F. Ruffini, op. ult. cit., p. 5.

10 Cfr. F. Ruffini, op. ult. cit., p. 7.

11 Cfr. F. Ruffini, op. ult. cit., p. 11.

12 Cfr. F. Ruffini, op. ult. cit., p. 11.

13 Cfr. G. Catalano, *Il diritto di libertà religiosa* (Milano 1957) 8-9.

14 Cfr. G. Catalano, op. cit., p. 10.

15 Cfr. G. Catalano, op. cit., pp. 37 ss. e 59 ss.

16 Cfr. G. Catalano, op. cit., p. 84.

17 Cfr. G. Catalano, op. cit., p. 68, il quale evidenzia in particolare: "a) la facoltà di manifestare liberamente, con ogni mezzo di diffusione, il proprio pensiero in materia religiosa; b) la facoltà di professare la propria fede, sia aderendo a una religione già esistente, sia seguendo un

riguardati unitariamente, perché così la nozione di diritto soggettivo sarebbe venuta a coincidere con quella del lecito e quindi ogni comportamento lecito avrebbe dovuto essere qualificato come atto esercizio di un diritto. Accanto alla liceità, infatti, occorre una qualificata tutela giuridica, poiché il diritto soggettivo è qualcosa di più che un semplice *licere*, è potere o forza giuridica per la protezione di un interesse, è un *licere* qualificato¹⁸.

Anche se quella utilizzata era solo una delle innumerevoli definizioni di diritto soggettivo, l'osservazione appariva ineccepibile. Si segnavano con ciò ulteriori punti d'arrivo, difficilmente contestabili, proprio sulla base delle disposizioni costituzionali, che vedevano nella libertà religiosa un diritto soggettivo dei singoli e dei gruppi confessionali alla professione, alla propaganda religiosa e all'esercizio privato e pubblico del culto, diritto che era tale in quanto la pretesa era protetta dall'ordinamento giuridico¹⁹.

Tale definizione — che faceva sorgere un iniziale problema, quello del rapporto tra libertà individuale ed associata — induceva taluni a considerare i diritti al culto e alla libertà ecclesiastica come diritti collettivi, al punto da chiedersi se fossero propri di ciascun individuo e se con la tutela della libertà individuale potesse considerarsi esaurito il compito dello Stato, o non dovessero piuttosto tutelarsi in primo luogo le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., veri e propri soggetti privati di diritto costituzionale²⁰. Era questa una dichiarata contrapposizione alle tesi del Ruffini il quale, in rapporto al modello americano, aveva sostenuto che bisognasse “fare riferimento più all'individuo che al gruppo poiché in capo al singolo la libertà religiosa trovava la sua piena attuazione costretto, com'egli era, dalle strutture confessionali oltre che da quelle dello Stato”²¹. Parallelamente allo sviluppo della configurazione dello Stato sociale e dei gruppi intermedi, tale concezione, che pure aveva il merito — tutto nuovo — di incentrare l'attenzione sulla tutela della libertà religiosa in forma associata, non serviva a risolvere quei problemi teorici che richiedevano un maggiore

indirizzo religioso individuale, sia dando vita a nuove credenze religiose; c) la facoltà di mutare in qualsiasi momento la propria appartenenza confessionale; d) la facoltà di fare propaganda e proselitismo per la propria credenza; e) la facoltà di esercitare il culto sia in privato che in pubblico; f) la facoltà di dar vita ad associazioni aventi carattere religioso e culturale.”

18 Cfr. G. Catalano, op. cit., pp. 82-83.

19 Cfr. F. Finocchiaro, *Confessioni religiose e libertà religiosa nella Costituzione. Art. 7, 8, 19, 20*, Bologna-Roma, 1985, pp. 455 ss.

20 Cfr. A. Ravà, *Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa nella Costituzione italiana* (Milano 1959) 151 ss.; Id., ‘Verifica dei problemi residui e dei problemi nuovi in tema di libertà religiosa’, *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Atti del Convegno nazionale di Diritto ecclesiastico, Siena, 30 novembre - 2 dicembre 1972 (Milano 1973) 7 ss.; cfr. inoltre C. Lavagna, ‘Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana’, *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari* (1953) 14 ss.; P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana* (Padova 1953).

21 Cfr. M. Tedeschi, ‘La scienza del diritto ecclesiastico e le altre scienze giuridiche’, *Dottrine generali del diritto e diritto ecclesiastico* (Napoli 1988) 17-18, con riferimento al lavoro di F. Ruffini, ‘Libertà religiosa e separazione tra Stato e Chiesa’, *Scritti giuridici dedicati a G. P. Chironi*, vol. 3 (Torino 1913) 239 ss., e in *Scritti giuridici minori*, scelti e ordinati da M. Falco, A. C. Jemolo, E. Ruffini, vol. 1 (Milano 1936) 101 ss.

approfondimento, e cioè quelli relativi al contenuto e ai caratteri della libertà religiosa, ai rapporti con le altre libertà e con la libertà di coscienza, ai nessi tra previsioni costituzionali e legislazione ordinaria nella quale, come nella giurisprudenza, si evidenziavano vaste zone di inattuazione degli stessi principi costituzionali. Non si potevano superare certo per tale via le posizioni del Ruffini²².

Nonostante tutti prendessero l'avvio da queste, era proprio sull'individuazione dei caratteri della libertà religiosa che esse venivano maggiormente fraintese. Il diritto di libertà religiosa era infatti considerato — anche da chi era d'accordo sulla sua autonomia — come diritto negativo, assoluto, pubblico e costituzionale²³; da altri come negativo, indivisibile, assoluto e pubblico, facendo discendere dalla negatività la concezione unitaria del diritto²⁴. Venivano richiamate le tesi giusnaturalistiche, che vedevano i diritti di libertà come diritti innati dell'individuo²⁵. Si criticavano le posizioni stesse di Santi Romano, il quale aveva giustamente notato che dal contenuto negativo dei diritti di libertà potevano scaturire diritti positivi verso lo Stato ed altri soggetti²⁶. Si replicava ad altri — accettando però l'opinione che l'obbligo di non turbativa derivava dal precetto del *neminem ledere*²⁷ — che nei regimi democratici poteva trovare tutela anche la libertà di fatto, attività lecita e non irrilevante, come libertà riflessa, e che non si potesse distinguere “tra libertà di fatto e libertà giuridica, tra il *licere* semplice ed il *licere* qualificato, e limitare la qualifica di diritto soggettivo e di libertà a quei comportamenti positivamente riconosciuti nell'ordinamento statale”, per cui sarebbe stato solo possibile configurare una concezione unitaria dei diritti di libertà²⁸.

Erano tutte posizioni formali bene evidenziate da chi sottolineava i limiti della metodologia dommatica in rapporto ai diritti di libertà, evidenziando il divario esistente tra analisi giuridica e problematica sociale, e cioè tra libertà formale e sostanziale²⁹.

Analogamente, nel denunziare l'appagamento dei più ad una definizione negativa, cioè “ad assumere l'idea della libertà primaria ... come un che di fondamentalmente pacifico ed acquisito”, si sosteneva che far coincidere la sfera della libertà con quella della liceità impoveriva l'idea stessa di libertà. Non ci si poteva fermare, infatti, ad una definizione formale, ma occorreva assumere un

22 Il richiamo fatto della A. Ravà, *L'erifica*, cit., p. 49, in conclusione al suo lavoro, alla prefazione di P. Calamandrei, ‘L'avvenire dei diritti di libertà’, p. XIV, al volume di F. Ruffini, *I diritti di libertà* (Firenze 1946) lo prova ampiamente.

23 Cfr. P. A. D'Avack, *Il problema storico-giuridico della libertà religiosa, Lezioni di diritto ecclesiastico*, ristampa riveduta e ampliata, anno accademico 1965-1966 (Roma 1966) 168 ss.

24 Cfr. P. Fedele, *La libertà religiosa* (Milano 1963) 1 ss.

25 Cfr. P. A. D'Avack, op. ult. cit., pp. 168 ss.; cfr. oltre nota n. 43.

26 Cfr. S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale* (Milano 1945) 113 ss.

27 In questo senso cfr. G. Catalano, op. cit., pp. 83-84.

28 Cfr. P. Fedele, op. cit., p. 25.

29 Cfr. C. Cardia ‘Società moderna e diritti di libertà’, *Teoria e prassi delle libertà di religione* (Bologna 1975) 52 ss.

atteggiamento deontologico e considerare la libertà giuridica come la facoltà di fare le cose che sono lecite e che si rivelano degne d'essere fatte, vincolando la propria coscienza ad un superiore sentimento di doverosità³⁰. E' il principio di doverosità kantiano che accomuna l'idea di libertà a quella di moralità, per il quale la volontà è libera solo quando è soggetta alla legge morale³¹.

Se tali posizioni, che debordano più che nel pregiuridico nel morale, costituiscono un importante e originale contributo alla configurazione del problema³², non meno interessanti, per la particolare sensibilità storico politica che le caratterizza, per la ricchezza argomentativa e per la capacità ricostruttiva, appaiono le argomentazioni di chi analizza la libertà religiosa in capo all'esperienza liberal-democratica, individuandone i limiti³³. Secondo tali tesi, che hanno il merito di integrare il piano di analisi giuridico e quello storico, la libertà religiosa è sostanzialmente un valore. Dopo avere osservato che del punto di vista giuridico si assume la libertà religiosa come un concetto storicamente unitario ed omogeneo, ed avere avanzato riserve sugli studi giuridici riguardanti la libertà religiosa e sul contenuto negativo o positivo, unitario o autonomo dei diritti di libertà, si sottolinea l'impossibilità "di definire come propriamente 'giuridica' l'essenza della libertà religiosa, quale storicamente riconosciuta nell'epoca moderna"³⁴. Essa, infatti, è vista "non come istituto, ontologicamente 'giuridico', ma propriamente come un 'valore'"³⁵. Valore etico-politico, storico, relativo e non negativo. Differenziandosi ancora dal Ruffini, si aggiunge pertanto che la libertà religiosa non costituisce lo studio di un concetto o di un'idea ma si sostanzia in un problema. La responsabilità della dottrina giuridica sarebbe stata pertanto quella di essere funzionale ed omogenea all'ideologia borghese della libertà religiosa che non è certo un concetto o un principio neutrale³⁶. Se questo è in parte inevitabile, tali osservazioni danno la misura della limitatezza di un'analisi meramente giuridica, riportando la questione su giusti binari, fatto questo che si sostanzia in un ritorno dal diritto al principio di libertà religiosa, che rende possibile una più reale e articolata analisi del fenomeno.

I contributi dottrinali brevemente esaminati — in realtà molto pochi, in un

30 Cfr. P. Bellini 'Nuova problematica della libertà religiosa individuale nella società pluralistica', *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, cit., pp. 1095 ss.; Id., 'Libertà dell'uomo e fattore religioso nei sistemi ideologici contemporanei', *Teoria e prassi delle libertà di religione*, cit., pp. 105 ss.; Id., *El pluralismo de opciones sobre el hecho religioso y el objeto del derecho de libertad religiosa*, *Riv. dir. pubbl.*, p.1 (1983) 23 ss.

31 Cfr. G. Catalano, op. cit., p. 8.

32 Anche le relazioni di G. Peces Barba, 'Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa', e di T. Martines, 'Libertà religiosa e libertà di formazione della coscienza', all'incontro *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Arcos de la Frontera, 1 y 2 de febrero de 1989 (Madrid 1989) p. 213n, si muovono in questa prospettiva, con riferimento alla libertà morale e alla libertà di coscienza.

33 Cfr. L. Guerzoni, 'Libertà religiosa ed esperienza liberal-democratica', *Teoria e prassi delle libertà di religione*, cit., pp. 213 ss.

34 Cfr. L. Guerzoni, op. cit., p. 233.

35 Cfr. L. Guerzoni, op. cit., p. 234.

36 Cfr. L. Guerzoni, op. cit., p. 289.

così ampio arco temporale, anche se talora rilevanti— lasciano aperti tutta una serie di problemi storici che l'importanza e la delicatezza del tema avrebbe già dovuto vedere risolti e che invece hanno notevoli pratiche conseguenze. Nel darne al momento solo un quadro o nell'anticipare talune soluzioni, siamo consapevoli che ciascuna delle questioni cui accenneremo meriterebbe un particolare ed esclusivo approfondimento.

2. Un primo problema, con riferimento ai caratteri della libertà religiosa, riguardava la concezione unitaria o meno dei diritti di libertà. Nel considerare la connessione tra le diverse libertà, si constatava, infatti, come la violazione dell'una non potesse non avere conseguenze sull'altra³⁷. Anche se non era possibile configurare una gerarchia tra la libertà, si poneva la libertà religiosa —chiamata indifferenziatamente libertà di coscienza— a fondamento delle altre libertà, poiché tutte le implicava e comprendeva³⁸.

Le libertà andrebbero pertanto considerate unitariamente, sostanziosamente in una serie di caratteri, prima di tutti quello della negatività, che vede lo Stato e gli altri soggetti privati su una posizione omissiva, analoga a quella che si assume nei confronti del diritto di proprietà³⁹. “Perché vi era stata la costrizione religiosa” —notava Jellinek— “fu proclamata la libertà di fede”⁴⁰, e ciò significava solo che diversamente lo Stato non sarebbe intervenuto. Analogamente, il Gerber e il Laband evidenziavano che l'apposizione di limiti al potere dello Stato in questa materia, non bastava a rendere i cittadini titolari di veri e propri diritti soggettivi, per cui la libertà religiosa non poteva avere un contenuto positivo⁴¹. Ciò derivava dalla disuguale posizione dell'individuo rispetto allo Stato, dall'impossibilità di configurare diritti senza oggetto, dall'intutelabilità di tali diritti⁴². I diritti di libertà sarebbero pertanto diritti innati, preesistenti allo Stato⁴³, una concezione giusnaturalistica questa che avrebbe dovuto impedire una loro configurazione come diritti pubblici subbiettivi —dal momento che essa richiede che l'individuo sia posto su un piano di

37 Cfr. A. C. Jemolo, *I problemi pratici della libertà* (Milano 1961) 130 ss.

38 Cfr. J. F. Simon, *La libertà di coscienza*, in *Biblioteca di Scienze Politiche*, vol. VIII, *Lo Stato e la Chiesa*, con una statistica delle religioni di Fournier de Flaix (Torino 1892) 1035 ss.

39 Cfr. P. Fedele, op. cit., p. 5.

40 Cfr. G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. it. del Vitagliano, con prefazione di V. E. Orlando (Milano 1911), 106; cfr. oltre note n. 60.

41 Cfr. C. F. von Gerber, *Über öffentliche Rechte* (Tübingen 1852), trad. it. di G. Ferri, *Diritti pubblici* (Roma 1936); Id., *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*³ (Dresden 1880) 230 ss. (1 ed. Leipzig, 1865, ristampa Aalen, 1969); le due opere sono tradotte e unificate nel volume C. F. Gerber, *Diritto pubblico*, a cura di Pier Luigi Lucchini (Milano 1971); P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*⁴ 1 (Tübingen 1901) 138 ss.

42 Cfr. il quadro delle posizioni della dottrina tedesca in F. Pierandrei, *I diritti subbiettivi pubblici nella evoluzione della dottrina germanica* (Torino 1940) 69 ss.; e in G. Catalano, op. cit., p. 46.

43 Cfr. B. Spinoza, *Etica e Trattato teologico politico*, a cura di Remo Cantoni e Franco Fergnani, (Torino 1972) 719 ss. (cap. XX del *Trattato*), che costituisce certo l'opera di partenza; cfr. al riguardo A. Pandolfi, op. cit., p. 5n; F. D. E. Schleiermacher, *Discorsi sulla religione e monologhi* (Firenze 1947); cfr. G. Catalano, op. cit., pp. 16 ss.

parità rispetto allo Stato — e che ha indotto il Kelsen a ritenere che la libertà non sia un concetto giuridico⁴⁴. Se così fosse, il problema dell'unitarietà dei diritti di libertà non avrebbe ragione d'essere. Diversamente, poiché le disposizioni costituzionali riguardano tutta una serie di diritti di libertà, la riproposizione di uno schema unitario, analogo per tutti i singoli diritti, già di per sé ricompresi tra i diritti fondamentali, è a scapito di una loro autonoma considerazione e regolamentazione. Il fascio di libertà è comune, e così il concetto di libertà, le singole libertà sono autonome⁴⁵.

Nè è pensabile che in tale materia il comportamento dello Stato possa essere soltanto omissivo. Lo Stato deve promuovere e regolamentare il diritto, garantire coloro che, per un qualsivoglia intervento da parte della stessa pubblica autorità o di altri, vedano leso il loro diritto di libertà religiosa. Come sempre, il problema è dei limiti e dell'ambito di estensione della libertà di ciascuno, sia esso individuo o gruppo associato, sul presupposto che ci si trova di fronte — come vedremo — a un vero e proprio diritto soggettivo. Ciò che si deve constatare è se essi sono diritti pubblici, poiché tale è la natura del bene tutelato, o se piuttosto — affondando le loro radici nei più intimi convincimenti personali e nella coscienza dei singoli — non si sia di fronte ad un bene di natura anche privata. Tornano in mente le parole del Ruffini sui limiti che la libertà degli uni trova nell'eguale libertà degli altri⁴⁶, e del Coing, allorché ricorda che, nella concezione classica, il diritto privato è uno strumento della libertà umana e che l'individuo è il motore del sistema⁴⁷.

I caratteri del diritto di libertà religiosa appaiono pertanto del tutto differenti da quelli quasi unanimemente accolti. Si tratta di un diritto autonomo e non unitario, positivo e non negativo, privato oltre che pubblico, relativo nel tempo e nello spazio e non certo assoluto, un diritto che non ha una tutela unicamente costituzionale ma che riguarda tutta la legislazione ordinaria⁴⁸. La Costituzione repubblicana, infatti, non solo ha accresciuto di poco la sfera reale di libertà dei cittadini in materia di religione, sostanziandosi nelle facoltà sopra

44 Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di una teoria generale dello Stato e altri scritti*, a cura di Arnaldo Volpicelli (Roma 1932) 36-37, trad. della *Allgemeine Staatslehre* (Berlin 1925).

45 Cfr. F. Ruffini, *Corso*, cit., pp. 133 ss.; G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale* (Milano 1967) 123 ss.; Id., 'Artt. 13-14 e 16', *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, artt. 13-20, *Rapporti civili* (Bologna-Roma 1977) pp. 1 ss, 54 ss. e 114 ss.

46 Cfr. F. Ruffini, *La libertà religiosa*, cit., p. 5.

47 Cfr. H. Coing, 'Le rôle du droit privé dans une économie dirigée', in *Travaux et Conférences*, Université libre de Bruxelles, Faculté de droit, 1964, I, pp. 55 ss.

48 Si pensi alle leggi organiche sulla libertà religiosa in Spagna del 1967 e del 1980 che però a mio avviso non costituiscono un modello per il nostro Paese perché una legge quadro sulla libertà religiosa finirebbe per declassare un diritto fondamentale della Costituzione a livello di legge ordinaria; cfr. I. C. Ibán, 'Dos regulaciones de la libertad religiosa en España (la ley de libertad religiosa de 1967 y la ley orgánica de libertad religiosa de 1980)', *Persona y derecho* 18 (1988) 99 ss.; non condivido invece le osservazioni di J. M. González del Valle, 'La libertad religiosa y el objetivo del derecho eclesiástico', *Persona y derecho* 18 (1988) 83 ss., secondo il quale appare eccessiva l'importanza data allo studio della libertà religiosa.

individuare⁴⁹, ma ha creato una sostanziale disegualianza tra le confessioni che viola la libertà religiosa⁵⁰.

3 C'è una considerazione preliminare che, quando si parla di libertà religiosa, non dovrebbe mai dimenticarsi di fare: ed è che l'evoluzione teorica del concetto ha avuto una lunghissima incubazione e un'alternante fortuna ma soprattutto ha costituito uno dei frutti più maturi della cultura laica. Laici i pochi pensatori di grande rilievo che hanno contribuito al suo sviluppo, statuali quasi tutti gli interventi in suo favore che non hanno solo concluso guerre di religione, sottoscritto momenti di pace, segnato, nel bene o nel male, scismi, negli inevitabili contatti tra il mondo religioso e quello politico. Il passaggio dalla tolleranza alla libertà —così bene evidenziato dagli storici— è abbastanza recente e non ancora del tutto compiuto⁵¹.

Ma resta il fatto che all'idea di libertà poco hanno contribuito gli ordinamenti confessionali, prima di tutte le grandi religioni —convinte come sono di possedere il monopolio della verità e sostanzialmente intolleranti— e che solo alcune confessioni, come i sociniani e gli anabattisti, si sono dimostrate favorevoli all'attuazione del principio⁵².

Se si fa riferimento alla Chiesa cattolica, il discorso non muta poi molto nonostante i recenti interventi pontifici e la dichiarazione *Dignitatis humanae* del Concilio Vaticano II sulla libertà religiosa. Queste posizioni, che costituiscono un notevole passo in avanti rispetto alla pregressa tradizione canonistica, si muovono pur sempre in un'ottica che sottolinea l'incompetenza dello Stato in materia di opzioni religiose, finendo per riguardare la libertà religiosa alla luce della rivelazione. Tali novità per altro non cancellano per il passato i mancati contributi cattolici a tale tematica, le sue storiche matrici di intolleranza, il limitato valore che la libertà ha sempre assunto per la dottrina cattolica⁵³.

49 Cfr. sopra nota n. 17.

50 Cfr. P. Barsile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali* (Bologna 1984) 203, volume per altro poco incline a teorizzazioni.

51 Cfr. F. Ruffini, *op. ult. cit.*; H. Kamen, *Nascita della tolleranza*, trad. di Giuseppe Bernardi (Milano 1967); R. H. Bainton, *La lotta per la libertà religiosa* (Belogna 1963); J. Lecler, *Storia della tolleranza nel secolo della riforma* 1-2 (Brescia 1967).

52 Per gli anabattisti "i cristiani dovevano disinteressarsi della comunità statale poiché era costituita da peccatori dediti al peccato mentre quella ecclesiastica era formata da santi"; cf. M. Tedeschi, 'Separatismo', *Nuss. dig. it., Appendice Segr.-Z*, vol. 7 (Torino 1987), pp. 73 ss., e in *Saggi di diritto ecclesiastico*, cit., con il titolo *Il sistema separatista*, p. 203; R. H. Bainton, *La riforma protestante* (Torino 1958) 98 ss.; K. Rothenbücher, *Die Trennung von Staat und Kirche* (München 1908) 11 ss.; A. Stella, *Anabattismo e antitrinitarismo in Italia nel sec. XVI*, Padova, 1969; Id., *Dall'anabattismo al socinanesimo nel '500 veneto* (Padova 1961); sui sociniani cfr. F. Pintacuda de Michelis, *Socinanesimo e tolleranza nell'età del razionalismo* (Firenze 1975); C. Gallicet Calvetti, 'La filosofia di Fausto Socino e il problema della tolleranza', *Grande Antologia filosofica*, diretta da M. F. Sciacca, vol. 8, *Il periodo della Rinascenza e della Riforma* (Milano 1964); F. Ruffini, *La libertà religiosa*, cit., *passim*; Id., *Studi sui riformatori italiani*, a cura di Arnaldo Bertola, Luigi Firpo, Edoardo Ruffini (Torino 1955) 157 ss., il quale si riallaccia direttamente alle posizioni di A. Harnack, *Manuale di storia del dogma* (Mendrisio 1914); M. Firpo, 'Recenti studi sul socinanesimo nel Sei e Settecento', *Rivista storica italiana* 89 (1977) 106 ss.

53 Cfr. P. Colella, *La libertà religiosa nell'ordinamento canonico* (Napoli 1984); Id., 'Libertà e

In verità, una libertà assoluta, che non si riscontra nei testi delle paci di religione e nemmeno in capo ai maggiori teorici — costituendo solo una ‘stranezza’ di pochi — non si è ancora attuata e forse non lo è possibile del tutto. La storia dell’evoluzione dell’idea di libertà è piuttosto la storia delle restrizioni, dei limiti, delle intolleranze, della violazione dei diritti dei singoli e di quelli delle confessioni stesse, nei loro reciproci rapporti e nei confronti dello Stato⁵⁴. Nel conflitto tra libertà ed eguaglianza — che tanto aveva diviso Voltaire e Rousseau — quest’ultima appare alla fine vincente, anche nella nostra Costituzione, con conseguenze di grandissimo rilievo⁵⁵. Ad una libertà assoluta dovrebbe corrispondere un’assoluta eguaglianza, dei singoli come dei gruppi, anche se è proprio questa assolutezza che non si è mai attuata nemmeno sul piano formale. Così come a una libertà formale non sempre segue una libertà sostanziale, nello stesso modo a un’eguaglianza formale — che riguarda principalmente gli individui (art. 3 Cost.) — non sempre corrisponde un’eguaglianza sostanziale, e quando la si vuole riferire ai gruppi si creano — come nel caso dell’attuazione dell’art. 8 Cost. — delle sostanziali difformità tra le varie confessioni⁵⁶. Se la libertà è sempre dipesa da una decisione di chi detiene il potere, deve essere da questo garantita. La nostra Costituzione tutela indipendentemente la libertà e l’eguaglianza, non tenta nemmeno di raccordarle, sembra anzi avere optato più per la piena attuazione del principio di eguaglianza, facendo divenire l’art. 3 Cost. la norma base del sistema costituzionale, nonostante appaia la più disattesa⁵⁷.

Per altro verso, la libertà viene ad assumere una sempre minore importanza, costituisce un valore che non solo si ritiene quasi totalmente attuato (e quanto ciò sia lontano dal vero lo si vedrà subito per quel che concerne la libertà religiosa), sia che ci si rivolga agli individui che ai gruppi, ma subordinato

religione nella chiesa cattolica. Ordinamento canonico e principi cancellari’, *Teoria e prassi delle libertà di religione*, cit., pp. 489 ss.; K. Mörsdorf, *Kirchenrecht*¹¹ 1 (München-Paderborn —Wien 1964) 42 ss.; J. Courtney Murray, ‘Vers une intelligence du développement de la doctrine de l’Église sur la liberté religieuse’ *La liberté religieuse* (Paris 1967) 111 ss.; P. Camaiani ‘La libertà nella Chiesa’, *Humanitas* 24 (1969) 257 ss.; M. Condorelli, Concordati e libertà della Chiesa, *Dir. eccl.* (1968) 226 ss.; Id. ‘Libertà della Chiesa e laicità dello Stato’, *La Chiesa dopo il Concilio*, 1¹ (Milano 1972) 353 ss.; G. Saraceni, ‘Stato cattolico e tolleranza dei culti acattolici nella dottrina della Chiesa’, *Dir. eccl.* (1957), I, pp. 46 ss.; Id., ‘Notazioni problematiche per un concetto giuridico di libertà nella Chiesa’, *Ius populi Dei, Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor* (Roma 1972) 385 ss.; cfr. inoltre la dichiarazione ‘Dignitatis humanae’ sulla libertà religiosa, *I Documenti del Concilio Vaticano II*, introduzione di Karl Rahner - Herbert Vorgrimler (Roma 1968) pp. 843 ss.; Bea-Colombo-Lefebvre, *Commento alla dichiarazione sulla libertà religiosa ‘Dignitatis humanae’* (Milano 1967).

54 Cfr. F. Ruffini, op. ult. cit.

55 Cfr. F. Finocchiaro, *Eguaglianza giuridica e fattore religioso* (Milano 1958) 144 ss., ove dice di ritenere conciliabili l’eguaglianza e la libertà.

56 Cfr. M. Tedeschi, ‘Nuove religioni e confessioni religiose’, in *Studi in memoria di Mario Condorelli*, vol. 1, tomo 2 (Milano 1988) pp. 1215 ss., e in *Saggi di diritto ecclesiastico* (Torino 1987) pp. 281 ss.; Id., ‘I nuovi movimenti religiosi in Italia: problemi giuridici’, *Nomos*, 1988, 3, pp. 1 ss.

57 La letteratura al riguardo è sterminata cfr. per tutti il commento di A. S. Agrò, *Art. 3, 1.º comma*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Art. 1-12, Principi fondamentali* (Bologna-Roma 1975) 123; e di U. Romagnoli, *Art. 3, 2.º comma*, ivi, pp. 162 ss.

all'altro, senza considerare che una sia pur minima violazione dei diritti di libertà ha notevoli conseguenze sul principio di eguaglianza ma non viceversa, poiché si può essere eguali anche in regimi che non si informano a principi di libertà. L'opzione costituzionale in favore del principio di eguaglianza si dimostra pertanto miope poiché le diseguaglianze formali e sostanziali si possono dirimere solo in capo ad una totale libertà.

Ora, alla base della difficoltà di pervenire a una piena eguaglianza in materia religiosa, sta la sostanziale, e a nostro avviso anche formale, differenza che in Italia si è attuata tra la confessione cattolica e le altre confessioni, tra chi è già considerata confessione e chi non lo è ancora, tra chi attua una politica di rapporti con lo Stato e chi invece non ne vuole alcuna, tra i livelli costituzionali di garanzia e quelli di diritto comune, per cui ancora di più appare fondamentale far riferimento alle libertà dei singoli, direttamente e immediatamente tutelabili, che a quella dei gruppi, poste le sostanziali diversità tra di loro intercorrenti⁵⁸. Questi vincoli, che derivano dai rapporti dello Stato con i gruppi confessionali, hanno notevoli conseguenze sul concetto stesso di laicità dello Stato, principio che appariva del tutto scontato e che invece torna ora in discussione, e sulla sistemica dei rapporti tra Stato e Chiesa che in Italia, dopo la riproposizione della legislazione bilaterale e l'opzione per lo strumento concordatario, ha segnato un momento di stasi⁵⁹.

4. La tutela giuridica a livello costituzionale di quello che era stato un principio storico-filosofico, molto contestato e mai del tutto attuato, apparì ai più come un notevole progresso, facendo dimenticare che ciò poteva aversi solo se: sul piano normativo costituzionale la tutela della libertà religiosa fosse stata completa; alle disposizioni della Costituzione fosse poi corrisposta una piena conformità della legislazione ordinaria; si fossero ricordati i principi di libertà con quelli di eguaglianza; e quelli individuali con i collettivi. Per di più, il quadro costituzionale appariva abbastanza vincolante nella sua rigidità, lasciando fuori importanti aspetti della libertà religiosa come la libertà di coscienza.

Si sarebbe dovuto constatare allora che, come spesso avviene, la trasposizione sul piano normativo di principi teorici di tal rilevanza non poteva non apparire riduttiva e quindi solo entro certi limiti essa costituiva un passo in avanti. Né la tutela giuridica che lo Stato apprestava a tale diritto era poi molto soddisfacente se si sostanzialmente in un comportamento omissivo o rimaneva indifferenziata rispetto a quella degli altri diritti di libertà.

La teorica dei diritti pubblici subbiettivi, diritti che il singolo vuole

58 Cfr. M. Tedeschi, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico* (Milano 1987) 90 ss.; E. G. Vitali, 'Legislatio libertatis et prospettazioni sociologiche nella recente dottrina ecclesiasticistica', *Dir. eccl.* (1980), I, pp. 24 ss.

59 Cfr. L. Guerzoni, 'Note preliminari per uno studio della laicità dello Stato sotto il profilo giuridico', *Arch. giur.* 172 (1967), fasc. 1-2, pp. 61 ss.; Id., 'Stato laico e Stato liberale: un'ipotesi interpretativa', *Dir. eccl.*, 1977, I, pp. 509 ss.; sulla legislazione bilaterale cfr. C. Cardia, *Stato e confessioni religiose, Il regime pettizio* (Bologna 1988).

garantiti dallo Stato, sorta in Germania alla fine del secolo scorso⁶⁰ e dal Ruffini applicata anche alla libertà religiosa⁶¹, sembrava avere un duplice positivo effetto: quello di attribuire al diritto una garanzia giuridica da parte dello Stato; e quello di sottolineare il suo carattere pubblico dal momento che tale era considerato il bene giuridico tutelato. Ciò che aveva avuto rilievo come un valore dei singoli, diveniva un valore della comunità.

Ma entro quali limiti lo Stato può garantire un diritto così intimamente legato alla sfera più intima della persona ed è solo la pubblica autorità a doverlo garantire? Non v'è contraddittorietà tra l'atteggiamento negativo dello Stato e tale richiesta degli individui? In effetti lo Stato può positivamente tutelare i diritti dei singoli, attuare i principi costituzionali, promuovere una legislazione ordinaria in favore della libertà religiosa, sottoscrivere trattati internazionali e impegnarsi su tale piano, assumere cioè un atteggiamento propositivo e non meramente omissivo, poiché considera pubblico il bene giuridico tutelato. Di fronte alla libertà di coscienza però, che attiene alla sfera privata dell'individuo, l'atteggiamento dello Stato diventa omissivo, si ferma alle soglie di quanto avviene *in interiore hominis*, poiché comprende bene che il pensiero, e con esso la coscienza, è incoercibile, non vuole e non può ottenere alcuna tutela giuridica.

Ora, se la libertà religiosa non ricomprende anche la libertà di coscienza — sulla quale torneremo in seguito — e se questa non viene tutelata dallo Stato, ciò che risulta intaccata è proprio la configurazione della libertà religiosa come diritto pubblico subbiettivo, perché appare evidente che in tale materia lo Stato può garantire solo gli aspetti esteriori e meno rilevanti. Se invece — come vedremo — anche la libertà di coscienza è espressione di libertà religiosa, allora il bene giuridico tutelato non sarà esclusivamente pubblico ma anche privato e alla sua tutela dovranno contribuire, oltre lo Stato, anche gli altri cittadini se vogliono garantiti i propri personali diritti.

Se la tutela da parte dello Stato del diritto di libertà religiosa segna una tappa di estrema importanza nell'evoluzione ed attuazione del principio di libertà religiosa, sul piano giuridico il recupero di una dimensione privata significa che la libertà religiosa non si sostanzia più, come tradizionalmente è avvenuto, in una lotta tra il cittadino — fedele, le singole confessioni e lo Stato, data la sostanziale disponibilità di quest'ultimo, ma deve essere garantita da tutti i consociati, senza di che la libertà religiosa riproporrebbe l'annoso rapporto tra individuo ed autorità. La tesi di chi ritiene che i diritti di libertà non possono essere configurati come pretesa che il legislatore ordinario si astenga dal ridurre la sfera di libertà costituzionalmente garantita e che essi danno origine a rapporti

60 Cfr. nella dottrina italiana F. Pierandrei, op. cit., pp. 69 ss.; S. Romano, 'La teoria dei diritti pubblici subbiettivi', *Trattato di diritto amministrativo* a cura di V. E. Orlando I (Milano 1900) 111 ss.; A. Longo, *Teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Archivio di diritto pubblico* (1891) 161 ss., 241 ss., 321 ss., e (Palermo 1982); V. E. Orlando, 'Sulla teoria dei 'diritti pubblici subbiettivi' di Jellinek', *Diritto pubblico generale, Scritti vari (1881-1940)* (Milano 1940) 275 ss.

61 Cfr. F. Ruffini, *Corso*, cit., pp. 133 ss.

di diritto privato, sono cioè rivolti verso altri soggetti, appare così pienamente fondata⁶².

Se in passato “si credette che bastasse elevare la libertà al rango di diritto soggettivo, perché ad essa fosse assicurata ogni possibile tutela”⁶³, e che l’oggetto della libertà religiosa consistesse nell’utilità che il singolo può trarre dalla proiezione all’esterno della propria personalità⁶⁴, al punto da fare apparire superflue le dichiarazioni internazionali dei diritti fondamentali e anacronistiche le loro elencazioni da parte delle Costituzioni rigide⁶⁵, ciò altro non significa che ci troviamo di fronte ad un mero diritto soggettivo.

Ora, che il diritto pubblico soggettivo sia stata espressione delle dottrine liberali⁶⁶ non è del tutto vero poiché tale configurazione si inquadra nello svolgimento del concetto teorico del diritto soggettivo, frutto del giusnaturalismo e del razionalismo, che avevano assunto l’individuo a soggetto del diritto e identificato il sistema del diritto con il sistema dei diritti soggettivi intesi come potere della volontà dei soggetti. Questa posizione, che risale al Leibniz e al Wolff e che ha nell’Arndts e nel Windscheid i massimi rappresentanti, creò nella pandettistica, come nota l’Orestano, l’illusione di poter trasporre, dal piano filosofico giusnaturalistico a quello giuridico positivo, l’idea dell’individuo soggetto di diritto, e di poter costruire sulla sua potestà di volere il sistema giuridico. Gli *iura connata* nascevano contro quell’autorità dello Stato che andava invece rivalutandosi, finché, con la scuola storica, “il problema giuridico non si porrà più nel rapporto di coesistenza tra le libertà individuali di diversi soggetti, ma nel rapporto tra la libertà dell’individuo e la necessità di un ordinamento oggettivo, sottratto all’azione della volontà individuale”⁶⁷. Savigny, nel negare l’esistenza di diritti innati, pone la volontà dell’individuo non più come fonte del diritto ma come fonte di rapporti giuridici; Puchta come fonte di rapporti giuridici cui gli individui partecipano in qualità di persone. In Puchta, nota l’Orestano, culmina il processo di soggettivizzazione del sistema giuridico iniziato da Leibniz e da Wolff: la libertà è ancora elevata a concetto base del diritto⁶⁸.

Nel riportare le innumerevoli definizioni di diritto soggettivo, quasi tutte fatte derivare dal diritto obiettivo, e nel rilevare il piano astratto di tali trattazioni, quasi fossero fuori dal tempo e dallo spazio, l’Orestano sottolinea così l’inconciliabilità tra una visione soggettiva ed una oggettiva dell’ordinamen-

62 Cfr. P. Virga, *Libertà giuridica e diritti fondamentali* (Milano 1947) 198; contra G. Catalano, op. cit., pp. 40 ss.

63 Cfr. G. Catalano, op. cit., p. 51.

64 Cfr. G. Catalano, op. cit., p. 58.

65 Cfr. P. Lanarès, *La liberté religieuse dans les conceptions internationales et dans le droit public général* (Roanne 1964); F. Margiotta Broglio, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei diritti dell’uomo* (Milano 1967).

66 Cfr. sopra note nn. 3, 11, 15 e 33.

67 Cfr. R. Orestano, ‘Diritti soggettivi e diritti senza soggetto’, *Azione, diritti oggettivi, persone giuridiche, Scienza del diritto e storia* (Bologna 1978) 138-139.

68 Cfr. R. Orestano, op. cit., p. 143, anche per riferimenti bibliografici agli autori citati nel testo.

to, rilevando che: “o i *diritti soggettivi* si considerano posti al di sopra e indipendenti dal diritto obiettivo e come tali assoluti, universali, veri e propri attributi dell'essenza del ‘soggetto del diritto’”, ... “oppure la considerazione del diritto obiettivo come un'entità che si ponga quale un *prius* rispetto al diritto soggettivo vanifica e distrugge il significato stesso di questa categoria logica e rende impossibile costruire con essa un ‘sistema giuridico’ coerente”⁶⁹.

In questo quadro, la configurazione di Jellinek dei diritti pubblici soggettivi, che vedeva i cittadini non solo come soggetti passivi di fronte allo Stato ma anche attivi in quanto titolari di diritti nei suoi confronti, e che partiva dalla constatazione della fondatezza delle osservazioni di Hobbes sulla onnipotenza dello Stato⁷⁰, non significava altro che l'individuo tentava di riappropriarsi di quella parte di libertà che lo Stato gli aveva tolto. Una posizione quindi soggettivistica e non obiettivistica, proprio l'inverso di quanto avviene quando “alla volontà individuale si sostituisce la volontà obiettiva” e “l'uomo da ‘causa’ del diritto diviene ‘effetto’”. La libertà cede il posto, come concetto fondamentale del diritto alla norma”⁷¹. Ora, il ritorno ad una concezione dell'uomo considerato non come effetto ma come causa del diritto, comporta una rivalutazione del concetto di diritto soggettivo, inteso come espressione della volontà del soggetto del diritto, fatto questo che gli consentirebbe il massimo ambito di libertà, senza di che verrebbe assorbito e oppresso dal diritto obiettivo⁷².

5. Se dal diritto di libertà religiosa si ritorna al principio, si constaterà allora che la libertà di coscienza non resta certo relegata nel pregiuridico o in un ambito interno nel quale allo Stato non è consentito entrare⁷³, per cui non sarà necessario ricorrere alla libertà morale o al concetto di doverosità⁷⁴. A prescindere dal rilievo che già le tesi di chi riteneva illecita ogni forma di ateismo attivo⁷⁵, o di chi poneva tali questioni sul piano dei collegamenti tra ordinamenti giuridici originari⁷⁶, sostenevano che attraverso la libertà di coscienza si

69 Cfr. R. Orestano, op. cit., pp. 151 ss., 180 ss., in part. p. 144.

70 Cfr. sopra nota nn. 40 e 42; M. Tedeschi, ‘Potestà civile e potestà ecclesiastica nel pensiero di Thomas Hobbes’, *Dir. eccl.* (1988), I, p. 101 ss.

71 Cfr. R. Orestano, op. cit., p. 165; cfr. inoltre, con riferimento alla dottrina francese e, più in particolare al saggio di P. Kayser, ‘Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques’, *Rev. trim. dir. proc. civ.* (1971) pp. 445 ss., le osservazioni di M. Bessone, ‘Diritto soggettivo e ‘droit de la personnalité (a proposito di un recente saggio)’, *Trim. dir. proc. civ.* (1973) 1175 ss.

72 Cfr. L. Guerzoni, *Libertà religiosa, cit.*, pp. 290 ss., nel dichiararsi contrario a un'acritica esaltazione dei diritti collettivi di libertà religiosa ‘dietro i quali si cela una quotidiana compressione della libertà e della dignità della coscienza individuale’, rileva come oggi il problema dell'autonomia e della responsabilità individuale sia più vivo e drammatico che mai.

73 E' questa la posizione pressoché generale sulla quale cfr. per tutti F. Finocchiaro, *Confessioni religiose, cit.*, pp. 455 ss.

74 Cfr. le opinioni di P. Bellini, di G. Peces Barba e di T. Martines, sopra citate alle note nn. 30 e 32.

75 Cfr. A. Origone, *La libertà religiosa e l'ateismo*, in *Annali Triestini*, sez. 1, vol. 20 (Trieste 1950) 65 ss., e in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi* (Milano 1952) 417 ss.

76 Cfr. G. Saraceni, ‘Libertà religiosa e rilevanza civile dell'ordinamento canonico’, *Dir. eccl.* (1954), I, pp. 196 ss.

garantiva l'adempimento di un dovere e che in ciò consistesse la libertà giuridica —evidenziando il fatto che, anche partendo dalla concezione di doverosità, si può pervenire a inaccettabili conseguenze— da Kant in poi, come si è già incidentalmente rilevato, tutti associano l'idea di libertà a quella di moralità e “nessuno dubita che l'idea del dovere abbia la sua esclusiva fonte *in interiore hominis*: di guisa che il soggetto è, e deve essere sempre, necessariamente il *dominus* della regola morale”⁷⁷, ponendo in essere, come dice il Levi, “un rapporto atrofizzato, perché il soggetto della prestazione s'identifica con quello della pretesa”⁷⁸. L'idea del dovere cioè, esaurendosi, ancora una volta, in un ambito meramente interno all'individuo, non si sostanzierebbe in quelle manifestazioni esterne, che sono le sole a poter essere regolate dal diritto. Il riferimento alla legge morale e alla doverosità, pertanto, non solo non elimina inaccettabili conseguenze, anche per la difficoltà di determinare i parametri obiettivi di riferimento —ciò che è doveroso— ma serve a far distinguere ulteriormente un ambito interno, che si presume impenetrabile dal diritto, da uno esterno, ad esso sottoposto.

Se già era difficile distinguere tra libertà ed arbitrio, tra libertà giuridica e libertà di fatto, diventa ora impossibile differenziare gli aspetti interni della libertà delle manifestazioni esteriori. Ma come può lo Stato garantire solo le manifestazioni esterne della libertà religiosa (la propaganda, il culto, la professione religiosa), dimenticando che queste hanno le loro radici in motivazioni interne? Come può lo Stato ritenere che la libertà religiosa sia solo un bene pubblico ed abbia le stesse caratteristiche delle libertà politiche, economiche o sociali⁷⁹? Se procede su tali presupposti lascia fuori l'aspetto più rilevante della libertà religiosa, la libertà di coscienza —nei cui confronti lo Stato non dovrebbe assumere impegni diversi da quelli sopra evidenziati— e mortifica la dimensione privata di un tal diritto.

V'è pertanto una sola via per valutare giuridicamente la libertà di coscienza, nonostante essa non sia prevista da alcuna norma, e cioè porla a base delle esterne manifestazioni della libertà religiosa, come un presupposto che attiene all'interna volontà, tenendo conto che tra le manifestazioni o dichiarazioni esterne e l'interno volere, il diritto ha sempre dato maggiore considerazione a quest'ultimo e che la carenza di previsioni normative al riguardo non deve condizionare l'interprete, sia perché in passato i termini libertà di coscienza e libertà religiosa erano usati in modo indifferenziato, ma soprattutto perché le disposizioni costituzionali, come abbiamo già rilevato, appaiono poco innovative e non esauriscono ogni possibile previsione, come provava la stessa proposta dell'on. Basso, volta a includere nell'art. 19 Cost. la libertà di coscienza e di discussione in materia religiosa⁸⁰.

77 Cfr. G. Catalano, op. cit., p. 36.

78 Cfr. A. Levi, *Teoria generale del diritto* (ristampa anastatica della seconda edizione) (Padova 1967) 144.

79 Cfr. G. Peces Barba, op. cit.

80 Cfr. al riguardo P. Bellini, *Nuova problematica*, cit., p. 1095, il quale scrive: “La proposta Basso ... mira ad integrare l'attuale articolo 19 della Costituzione con due proposizioni normative che

Il contenuto del diritto di libertà religiosa, pertanto, non ci è dato solo da una mera rappresentazione letterale delle norme che lo tutelano. Se così fosse si dovrebbe constatare che queste limitano molto il principio e non garantiscono che alcuni aspetti della libertà religiosa e nemmeno i più rilevanti. Si deve andare al di là delle disposizioni costituzionali, considerarle come un momento dell'evoluzione del concetto e della lotta per la piena affermazione del diritto di libertà religiosa, e ritornare al principio, alla libertà come valore. L'ambito di libertà che il singolo difende dalle altrui interferenze, prima di tutte quelle della pubblica autorità, può essergli garantito solo se questa libertà è considerata un diritto soggettivo che si volge sia nei confronti dello Stato che degli altri soggetti. Il bene giuridico che l'individuo vuole tutelato dallo Stato e dagli altri, attiene infatti alla sua sfera più intima, alla coscienza, e tale tutela non può sostanzarsi né in comportamenti omissivi né nel suo disconoscimento, ma in comportamenti commissivi e positivi, sia dello Stato che dei singoli. Diversamente, continuare a parlare di libertà religiosa può apparire limitato, inutile e ripetitivo esercizio teorico, più o meno brillante ma che nulla aggiunge alla sostanza del problema.

6. Si suole distinguere le norme costituzionale riguardanti il fattore religioso in due gruppi, a seconda che si volgano nei confronti degli individui (artt. 3, 4, 17, 18, 19 e 21) o delle associazioni (artt. 2, 7, 8 e 20). Nello stesso modo, anche la libertà religiosa è tutelata in capo ai singoli (art. 19) o alle confessioni (artt. 7 e 8)⁸¹, distinzioni queste che poco hanno aggiunto alla determinazione del concetto di libertà religiosa. La valorizzazione dei diritti collettivi di libertà religiosa e l'attribuzione di una dimensione sociale alla libertà individuale, pongono, come s'è visto, dei problemi nei rapporti tra gruppo e individuo che può essere compreso nella propria libertà dalla confessione stessa oltre che dallo Stato⁸².

La sfiducia nell'individuo, la sensazione che questi fosse il principale polo di riferimento di una società e di uno Stato liberale non più in vigore, la tendenza, tipica degli anni passati, verso una collettivizzazione che poteva attuarsi solo con una flessione dei diritti dei singoli, gli attacchi mossi dai giuristi alle istituzioni cardini del mondo liberale (diritti soggettivi, proprietà, contrat-

ne puntualizzano e completano il valore precettivo: l'una che dichiara l'inviolabilità della coscienza e della fede; l'altra che sanziona la piena libertà di discussione sulla materia religiosa"; secondo A. Ravà, *Verifica dei problemi residui*, cit., p. 8, l'art. 19 Cost. "avrebbe dovuto essere integrato da un ulteriore comma ad esplicita garanzia della piena libertà di discussione in materia religiosa", non parla quindi di libertà di coscienza.

81. Già prima dell'avvento della Costituzione, C. Magni, 'Intorno al nuovo diritto dei culti acattolici ammessi in Italia', *Studi sassaresi*, 1931, 1 ss., diceva che esistevano tre gruppi di norme: uno comune a tutte le confessioni religiose che riguardava la libertà religiosa dei singoli; un secondo speciale per gli enti cattolici; e un terzo per gli enti acattolici. Cfr. inoltre Id., *Teoria del diritto ecclesiastico civile, 1, I fondamenti* (Padova 1952) 117 ss.; Id., *Interpretazione*, cit., pp. 84 ss.; cfr. anche G. Leziroli, *Aspetti della libertà religiosa nel quadro dell'attuale sistema di relazione tra Stato e confessioni religiose* (Milano 1977) 143 ss.

82. Cfr. sopra nota n. 21.

ti)⁸³, hanno fatto dimenticare che il diritto è una scienza umana e il vecchio aforisma che l'uomo è misura di tutte le cose e che pertanto a lui occorre sempre far riferimento. Le associazioni, i gruppi, le confessioni, non sono costituite che da una pluralità di individui, e una loro maggiore libertà, cui corrispondesse una flessione dei diritti dei singoli, in altro non si sostanzierebbe che in una libertà parziale, per cui è errato credere che nella libertà del gruppo —quasi un rapporto tra più e meno— possa essere ricompresa anche quella dei singoli⁸⁴.

La distinzione della libertà religiosa in capo al singolo e alle associazioni cui egli partecipa è pertanto mal posta e nulla aggiunge alla determinazione del suo oggetto e contenuto, valendo al più come mera distinzione didattica. Sarebbe stato meglio —così come aveva fatto l'on. Basso— ritenersi meno appagati delle previsioni costituzionale e tentare di ampliare l'ambito della libertà religiosa e la sua tutela. Si sarebbe notato allora: che le previsioni costituzionali sono largamente incomplete, sia quando non considerano la libertà di coscienza che quando non determinano il concetto di confessione religiosa⁸⁵; che parlare di una legge quadro sulla libertà religiosa, significherebbe declassare a livello di legge ordinaria principi e diritti costituzionali, senza pervenire ad una statuizione completa sul piano normativo⁸⁶; che il riferimento generale ai limiti di ordine pubblico e di buon costume —vere e proprie clausole di chiusura da parte degli ordinamenti statuali— vale poco in questa materia per l'enorme ampliamento di tali concetti in una società aperta e pluralista come la nostra, adattandosi meglio ad una realtà maggiormente statica, come quella sottesa dalla Costituzione albertina⁸⁷; che la giurisprudenza della Corte costituzionale, che al suo nascere, nella prima sentenza del 14 giugno 1956, aveva trattato non a caso i limiti ai diritti di libertà, si era volta in seguito a questioni di minore importanza, che non rappresentano certo tutto il quadro delle inattuazioni del diritto di libertà religiosa. Con riferimento alla libertà religiosa collettiva le pronunce della Corte riguardano, infatti, la libertà di accesso alla radiotelevisione, la libertà di culto, la libertà di riunione, le questue e le collette; con riferimento alla libertà religiosa individuale, la sua tutela negli istituti di prevenzione e di pena, il giuramento, l'obiezione di coscienza⁸⁸.

Se dall'esame della giurisprudenza costituzionale si passa a quella di legittimità e di merito, si constata che il numero delle sentenze, in proporzione, non aumenta di molto, mentre mutano le fattispecie. Con riferimento alla libertà

83 Cfr. le posizioni sull'uso alternativo del diritto più che sulla politica del diritto.

84 Sul diritto come scienza umana e sui rapporti tra individuo e gruppo cfr. M. Tedeschi, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, cit., pp. 30 ss. e 90 ss.; Id., *Preliminari a uno studio dell'associazionismo spontaneo nella Chiesa* (Milano 1974) pp. 63 ss.

85 Cfr. sopra nota n. 56.

86 Cfr. sopra nota n. 48.

87 Cfr. per tutti G. Sperduti, 'Sul limite dell'ordine pubblico', *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo* 3 (Milano 1963) 687 ss.; in particolare cfr. A. Bortolazzi, 'La tolleranza dei culti acattolici negli Stati sardi e nel Regno d'Italia', *Dir. eccl.* (1961) I, pp. 93 ss.

88 Cfr. S. Domianello, *Giurisprudenza Costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte Costituzionale in materia ecclesiastica (1957-1986)* (Milano 1987) 63 ss., e 139 ss.

religiosa individuale si evidenziano, infatti, le differenze tra gli adepti alla religione cattolica e quelli appartenenti a confessioni acattoliche in tema di tutela penale dei culti, di insegnamento della religione cattolica nelle scuole, di disparità, dal punto di vista tributario, tra enti cattolici e acattolici, di rifiuto di trattamenti sanitari obbligatori, di obiezione di coscienza, di giuramento e così via, che certamente sottolineano la vastità dei settori nei quali la libertà religiosa non è pienamente attuata⁸⁹.

Nessun appagamento è quindi possibile, né alle disposizioni costituzionali incomplete, né al modo in cui la libertà religiosa è tutelata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Siamo lungi dal concepire la libertà come valore assoluto ed una completa attuazione della sia pur limitata normativa attuale. Ciò però sottolinea la centralità della libertà religiosa nel sistema del diritto ecclesiastico italiano. Essa costituisce, infatti, il costante punto di riferimento di tutta la legislazione ecclesiastica, e ciò si evidenzia soprattutto quando la si viola o la si pone in secondo piano rispetto agli interessi religiosi, quasi che la loro tutela non implichi anche problemi di libertà⁹⁰.

7. Sono questi i punti di partenza di uno studio sulla dimensione attuale della libertà religiosa, rispetto al quale non è lecito attendersi alcun contributo teorico né dalle dichiarazioni internazionali, che si sostanziano in mere affermazioni di principio — data la relatività nel tempo e nello spazio del concetto di libertà religiosa —; né da quelle costituzionali — incomplete, non ben determinate, largamente inattuata —; né da un'analisi comparata⁹¹. Occorre recuperare la dimensione storico filosofica del principio, non ritenere predominanti o maggiormente garantisti gli aspetti giuridici, individuare meglio il contenuto e i caratteri del diritto.

Nella sua più alta accezione la libertà religiosa è un diritto soggettivo dell'individuo non esclusivamente pubblico — poiché non solo tale è il bene giuridico tutelato e la sua tutela deve provenire dallo Stato ma anche dagli altri consociati —; non negativo — perché principi e diritti costituzionali non possono sostanzarsi in comportamenti omissivi dello Stato, che deve anzi promuovere e favorirne l'attuazione —; non unico — perché se il concetto di libertà è uno solo, autonomi sono e singoli diritti e tali debbono essere i regimi che li regolano —; non assoluto — né nel tempo e nello spazio né solo in capo allo Stato — ma

89 Per la giurisprudenza di legittimità e di merito basta consultare un qualsiasi repertorio; per la dottrina cfr. in via esemplificativa G. Caputo, 'Libertà religiosa e dimensione sociale dell'uomo', *Humanitas* (1969) fasc. 1-2, pp. 242 ss.; G. Peyrot, 'L'intolleranza religiosa in Italia nell'ultimo quinquennio', *Protestantesimo*, gennaio-marzo, 1953; Id., 'La politica dello Stato nei riguardi delle minoranze religiose', *Il Mulino* (1971) 456 ss.; F. Gianpiccoli, *Liberi ma disuguali. Gli evangelici tra Costituzione repubblicana e leggi fasciste* (Torino 1973).

90 Cfr. A. Vitale, *Corso di diritto ecclesiastico, Ordinamento giuridico e interessi religiosi* (Milano 1986) 129 ss.

91 Gli esempi più significativi sono da attribuire agli studi di F. Onida, *Uguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense* (Milano 1970); Id., *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti. Dagli anni sessanta agli anni ottanta* (Milano 1984).

relativo poiché trova un limite nei diritti degli altri e anche da loro deve essere garantito; certamente comprensivo della libertà di coscienza.

Se la libertà religiosa costituisse un valore solo per la società liberal-borghese e non per l'attuale sistema democratico, significherebbe che è stato compiuto un passo indietro. Verrebbe meno quella che costituiva la grande novità dello Stato liberale rispetto agli Stati autoritari e confessionali dell'*ancien régime* e della restaurazione, e cioè proprio l'agnosticismo e l'indipendenza dal fattore religioso che, fino a quel momento, era servito a legittimare il potere. Che ciò coincida con l'epoca delle codificazioni prima e dalle costituzioni poi è sintomatico, così come è evidente che in capo allo Stato di diritto laico anche l'agnosticismo costituisce un valore non certo neutrale⁹². Ma è su questi valori che anche l'attuale Costituzione è stata fondata ed essi vanno rispettati. Un confessionismo strisciante, quale si è avuto in questi ultimi decenni in Italia in capo alla dottrina, alla giurisprudenza e alla legislazione⁹³, lede proprio il diritto di libertà religiosa, alla cui vitalizzazione non basta certo la rinunzia bilaterale alla religione di Stato di cui all'art. 1 prot. add. degli accordi di Villa Madama, del tutto inopportuna per la sede in cui è stata dichiarata; perché bilaterale —non avendo lo Stato in tal materia bisogno di alcuna adesione alle proprie decisioni—; ma soprattutto perché non era stata riproposta nella Costituzione del '48⁹⁴. Solo un esempio questo del modo in cui non si difende né la laicità Stato né la libertà religiosa.

Mario Tedeschi
Universidad de Nápoles

92 Cfr. L. Guerzoni, *Libertà religiosa*, cit. 289.

93 Cfr. S. Lariccia, 'La politica ecclesiastica italiana nel secondo dopoguerra', *Studi in onore di Pietro Agostino D'Avack* (Milano 1976) 815 ss.

94 Cfr. M. Tedeschi, 'L'accordo di modificazione del Concordato lateranense tra la Repubblica italiana e la Santa Sede del 18 febbraio 1984', *REDC*, 1985, pp. 61 ss., e in *Saggi di diritto ecclesiastico*, pp. 274 ss.