

## COMMENTO ALLA RELAZIONE DEL PROF. CASAVOLA

OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI

Il Prof. Casavola, oltre ad essere illustre Maestro del diritto romano prestato felicemente per lungo tempo alla Corte costituzionale italiana, è intellettuale di cultura poliedrica, come dimostrano i suoi innumerevoli saggi, tanto da presiedere oggi l'Istituto della Enciclopedia Italiana.

Sono molte le riflessioni che la sua relazione suscita in me, studiosa del diritto canonico ed ecclesiastico prestata per vent'anni alle istituzioni dello Stato italiano (prima al Consiglio Superiore della Magistratura e poi in Parlamento e al Governo italiano).

La storia ha voluto che romanisti e canonisti compissero molta strada insieme nella costruzione di quello *ius commune*, che ha consentito di governare per secoli l'Europa, costituendone l'ossatura normativa. È pertanto una felice occasione che a noi sia affidato il compito di guardare con gli occhiali delle nostre esperienze alla Costituzione europea, oggi oggetto di ratifica nei vari Paesi.

### 1. *I mutamenti dello spirito giuridico europeo*

Dalla storia vorrei anch'io iniziare per ricordare come lo spirito giuridico in Europa abbia avuto cambiamenti radicali in conseguenza della affermazione della sovranità dei singoli Stati già nel passaggio tra sei e settecento, ma soprattutto nell'ottocento.

A partire dal sec. XIX gli ordinamenti del continente europeo passano, infatti, dal regime pluralistico del diritto comune, fortemente caratterizzato in senso giurisprudenziale, a quello unitario e "legale" di diritto codificato. *L'utrumque ius*, che attraverso il diritto canonico conserva un riferimento al diritto naturale cristiano, è per sempre abbandonato come disciplina giuridica delle genti europee.

Prende insomma il sopravvento la fiducia in una codificazione come orizzonte definito e chiuso di una organizzazione giuridica, che rompe defi-

nitivamente ogni legame con il trascendente. Il *Code civil* napoleonico del 1804, richiamando a sue fonti la natura e la ragione, diviene il modello di altre codificazioni (del Codice austriaco del 1811, italiano del 1865, tedesco del 1900, svizzero del 1907).

La relazione di Casavola mette bene in evidenza che, se ancora nel secolo XIX la diffusione della codificazione napoleonica e della lingua e cultura francese forniscono l'ultimo colore omogeneo all'Europa continentale, nel XX secolo il binomio razza e diritto frantuma ogni residuo di un comune passato con la germanizzazione universale del diritto privato. Lo spirito giuridico, insomma, muta profondamente.

Proseguendo sul cammino di questo mutamento, a me pare significativo ricordare come, con l'avvento degli Stati democratici del XX secolo, gli orrori prodotti dalla seconda guerra mondiale abbiano provocato ulteriori mutamenti dello spirito giuridico europeo, indirizzando le riflessioni intorno ad una duplice esigenza: porre i diritti inviolabili della persona come prioritari rispetto a qualunque potere statale ed abbandonare il dogma che solo l'ordinamento dello Stato debba disciplinare la vita dei rispettivi cittadini. Di qui l'impostazione personalistica e pluralistica delle Costituzioni nate dalle ceneri del conflitto bellico, che non solo ripudiano il formalismo positivistico, proprio all'età delle codificazioni, ma riconducono l'ordinamento giuridico ad una fondazione ultima di ordine etico: la dignità della persona.

In questo scenario operano politici cristiani per una nuova Europa: Adenauer, Schumann, De Gasperi. Essi sottolineano l'apporto della civiltà cristiana, ma in senso non confessionale. Parlano "di un retaggio europeo comune, della morale unitaria che esalta la figura e la responsabilità della persona umana, con il suo fermento di fraternità evangelica, con la sua volontà di verità e giustizia acuita da una esperienza millenaria" (sono parole di De Gasperi alla Conferenza parlamentare europea del 21 aprile 1954).

Non è dunque più la *Respublica Christiana* ad essere auspicata. Ma è comunque sempre una società ispirata a quei valori della persona, della libertà, del pluralismo che sono apporto laico del pensiero cristiano.

A porre la prima pietra fondativa della nuova Europa sono 6 Paesi (Italia, Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo, Olanda) con la firma il 25 marzo 1957 a Roma dei Trattati istitutivi della Comunità economica europea (CEE) e della Comunità europea per l'energia atomica (Euratom). Passeranno anni perché il percorso di integrazione vada oltre la realizzazione di un mercato o di una moneta unici per creare una comunità di diritto basata sul rispetto dei diritti fondamentali. Si giunge solo nel 2000 alla tappa più significativa in vista di "un futuro di pace fondato su valori comuni":

la Carta dei Diritti Fondamentali della Unione Europea, tra i quali primeggia la dignità umana (“La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata”, afferma l’art. 1).

Lo spirito politico cambia: l’ampio processo di secolarizzazione porta ad accentuare la radice laica dei diritti umani ed a porre in ombra quella cristiana.

Cambia anche lo spirito giuridico, che accompagna negli anni a noi più vicini il processo di integrazione europea, dal Trattato di Maastricht (1992), a quello di Amsterdam (1997), alla Carta dei diritti (2000), al Trattato di Roma (29 ottobre 2004) “che istituisce una Costituzione per l’Europa” (comunemente indicato come Costituzione europea).

Al nuovo spirito europeo romanisti e canonisti guardano con interesse: non tanto perché essi considerino il nuovo diritto europeo una riedizione del vecchio diritto comune, ma perché da un lato la cessione di sovranità statale, che esso comporta, dall’altro il ruolo della giurisprudenza, dall’altro ancora l’impianto personalistico evocano alcune particolarità dell’antico sistema di diritto comune, pur non potendo essere qualificate una riedizione di esso.

## *2. Le radici romane e cristiane della Costituzione europea*

Nel contesto ora tratteggiato va inserita la recente Costituzione europea: è frutto maturo del matrimonio tra il diritto internazionale ed il vecchio costituzionalismo o è inizio di un nuovo percorso? A me pare ci sia un poco dell’uno ed un poco dell’altro.

Per comprendere la dimensione personalista della Costituzione europea – così da rispondere alla tematica della nostra Sessione, cioè alla concettualizzazione della persona umana – è utile partire dal richiamo del Preambolo alle comuni “eredità culturali religiose ed umanistiche”.

Non starò ora a riprendere le molte polemiche da esso suscitate. Mi limito invece a ricordare che un testo preparatorio (poi non accolto), nel motivare il richiamo all’eredità dell’Europa, specificava che essa è “alimentata innanzitutto dalla civiltà greco-romana, poi dalla filosofia dei lumi, che hanno ancorato nella società la percezione del ruolo centrale della persona umana e del rispetto del diritto”. Non riportava invece alcun riferimento al cristianesimo, cioè all’asse portante spirituale, sul quale l’Europa si è sviluppata. Sollevava pertanto le proteste delle Chiese cristiane, non meno vibranti di quelle precedentemente elevate da esse quanto al generico richiamo al “patrimonio spirituale e morale”, contenuto nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 2000.

Il testo definitivo ha cercato di rimediare, ma la mediazione politica ha giocato per così dire al ribasso. Ha tolto il riferimento esclusivo ai soli due apporti dati dalla civiltà greco-romana e dalla filosofia dei lumi ed ha citato genericamente le “eredità culturali, religiose ed umanistiche”, includendo dunque il riferimento all'eredità religiosa del tutto assente nel testo precedente.

Spetta oggi all'interprete passare dalla dizione generica a quella più specifica. Se alle eredità culturali ed umanistiche sono riconducibili l'eredità greco-romana e quella illuministica, all'eredità religiosa è riconducibile l'eredità cristiana. Un fatto storico, che nessun pregiudizio ideologico può negare, si impone di per sé. Né può essere reso sterile dal mancato accoglimento nel testo definitivo di emendamenti esplicitamente qualificanti l'eredità religiosa come cristiana o giudaico-cristiana (l'ultimo dei quali, presentato nella discussione immediatamente precedente il Consiglio europeo di Salonicco, proponeva di inserire, subito dopo il richiamo alle “eredità religiose”, l'espressione “specialmente cristiane”).

Sul piano più propriamente giuridico il collegamento tra le radici culturali e religiose ed il patrimonio di principi giuridici concretizzatisi sul continente europeo conduce sia alla tradizione romanistica che alla tradizione canonistica.

Se il diritto romano oggi non è più applicato, mentre il diritto canonico lo continua ad essere e per giunta in tutto il mondo, lo spirito di entrambi è sempre operante. A differenza dei tempi storici dello *ius commune*, diritto romano e diritto canonico, in parte convergono ed in parte divergono nella influenza sul nuovo spirito europeo.

Le convergenze riguardano più gli schemi consolidati della tecnica giuridica che i singoli istituti nei loro contenuti sostanziali, i quali, del resto, corrispondono agli specifici valori fondativi e finalistici propri ad ogni ordinamento.

L'esempio del concetto di famiglia, fatto dal Prof. Casavola, lo dimostra. Dalle stesse categorie giuridico-formali nascono modelli assai differenti tra loro, che presuppongono una diversa dialettica tra l'istituto e la persona e perciò una diversa priorità nella tutela dell'uno o dell'altra.

Dalla famiglia romana dell'età antica a quella della età classica a quella del diritto giustiniano, a quella della “Respublica christiana”, a quella disciplinata dalle varie codificazioni degli Stati occidentali, a quella che le nostre Costituzioni fondano sul matrimonio, a quella che interpretazioni secolarizzate impongono in singoli paesi in netta contrapposizione con la famiglia che nasce dal matrimonio, vi è una continuità-discontinuità tale da rendere difficile la ricognizione di tracce della comune eredità e che tut-

tavia consente sempre di parlare di modelli occidentali tra loro connessi.

Sono d'accordo con il Prof. Casavola: filo comune non è certamente la strutturazione interna della famiglia, fortemente gerarchica nel diritto romano e paritaria nei diritti degli Stati contemporanei, come – mi permetto di aggiungere – nel diritto della Chiesa.

Ma mi domando se un filo comune non possa comunque essere rinvenuto. Personalmente lo riscontro nel ruolo sociale della famiglia, a sua volta proiezione della dimensione sociale della persona, che diritto romano e diritto canonico portano come contributo di civiltà, sia pure partendo da premesse e ricavando conseguenze diverse. Sotto questo profilo a non essere in linea è l'altra radice del diritto europeo, quella illuministica, che muove da presupposti solo individualistici.

Un ruolo sociale, per giunta, risponde a quella sussidiarietà che il diritto europeo sembra volere garantire.

### 3. *Influenze romanistiche e canonistiche sul ruolo della giurisprudenza*

Altro comune effetto della radice romana e di quella cristiana sull'albero del diritto europeo è quello di innestarlo nel dato giurisprudenziale.

In più passaggi della sua relazione il Prof. Casavola ricorda l'importanza della giurisprudenza nella evoluzione del diritto romano. Mi permetto aggiungere che il mito della codificazione che, per gli ordinamenti degli Stati europei continentali, ha trovato nel *Code Napoléon* il modello storico, non ha avuto applicazione nell'ordinamento canonico, se non nella impostazione sistematica del primo *Codex iuris canonici*, che, essendo stato pubblicato nel 1917, ha risentito del clima proprio alla età delle codificazioni.

Nonostante, infatti, la legge della Chiesa sia imperniata su una codificazione (la prima di impostazione romanistica del 1917 e la seconda, oggi vigente, del 1983 ripartita su una sistematica attenta al “mistero della Chiesa”), la “probata doctrina” e la “giurisprudenza e prassi della Curia Romana” sono per antica tradizione fonti integrative dell'ordinamento. Lo sono non perché – come avviene nei sistemi di codificazione rigida – l'interprete o il giudice usurpino in modo illecito funzioni di legislatore, ma perché è la legge ad affidare loro questo compito evolutivo. Supremo criterio interpretativo, inoltre, è l'*aequitas canonica*, dove l'aggettivo denota le caratteristiche di misericordia proprie alla natura della Chiesa e della sua disciplina giuridica, contro il *rigor iuris*. La differenza con l'*aequitas romana*, come con l'equità inglese, sta nei differenti fini metagiuridici, la Chiesa dovendo tendere in ogni suo aspetto, diritto compreso, alla *salus animarum*. Ma

entrambe le forme di equità – romana e canonica – realizzano la giustizia del caso concreto, scostandosi dalla legalità codificata; si avvicinano dunque alla equità inglese, conferendo al principio della certezza del diritto un significato ed un ruolo del tutto diversi da quelli propri agli ordinamenti degli Stati continentali.

La dialettica tra dimensione legale e dimensione giurisprudenziale nell'esperienza del diritto sarà probabilmente l'eredità insieme romanistica e canonistica più influente, anche se oggi poco avvertita dagli studiosi, sulla costruzione del diritto europeo.

Via via che si allarga l'area dell'integrazione europea, da *lex mercatoria* – come sinora è stato – a tutela dei diritti fondamentali della persona, alla unificazione costituzionale del soggetto-Europa, il diritto europeo si consolida grazie alla giurisprudenza delle due Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, come grazie a prassi affermate in fori elettivi internazionali o grazie alla influenza ed applicazione di Convenzioni internazionali. La globalizzazione alla fine detta le regole, aprendo lo stesso ordinamento europeo al confronto con altri ordinamenti e determinando, se mai non fosse già così per altri fattori, il definitivo tramonto del mito della codificazione.

Tutto è rimesso in discussione, compresi gli schemi che vedevano i due grandi sistemi, continentale ed anglosassone, seguire vie divaricate. Su ciò concordo con la relazione di Casavola: i sistemi di *civil law* si stanno avvicinando a quelli di *common law* (caratterizzanti in Europa le isole britanniche), grazie alla crescente importanza assunta anche nei sistemi continentali dal diritto giurisprudenziale, con un ruolo forte delle Corti costituzionali e delle loro sentenze "additive"; d'altro canto i sistemi di *common law* affiancano al *judge made law* uno *statute law* una volta del tutto marginale.

Il diritto europeo può essere l'occasione per fare di questo avvicinamento un nuovo modo di impostare le relazioni giuridiche nell'interesse della persona umana. La duttilità che la giurisprudenza presenta rispetto al testo scritto sarà preziosa.

#### 4. I diritti fondamentali della persona: la sfida con la tradizione islamica

Se il ruolo della giurisprudenza è stato sinora importante, esso continuerà ad esserlo anche nella materia dei diritti fondamentali della persona, garantiti in modo generale nella Carta dei diritti.

Essi attendono di essere oggi dettagliati con una opera interpretativa molto complessa: che non solo deve coniugare insieme il dettato costituzionale europeo con le tradizioni costituzionali dei Paesi membri, ma, nel

fare ciò, deve pure tenere presenti le tre radici, culturali, religiose ed umanistiche menzionate nel Preambolo della Costituzione.

È questa una indicazione testuale dello stesso Preambolo, così formulato: "Ispirandosi alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, i cui valori, sempre presenti nel suo patrimonio, hanno ancorato nella vita della società la percezione del ruolo centrale della persona, dei suoi diritti inviolabili e inalienabili e del rispetto del diritto".

Sono dunque i valori delle tre eredità che non solo conducono alla centralità della persona e dei suoi diritti, come cuore dei diritti fondamentali della Unione europea, ma impongono anche di definirne meglio la sua concettualizzazione, conferendo più specifici significati alle cinque categorie generali indicate dalla Carta del 2000 (oggi parte seconda della Costituzione): dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza. Mutuando una categoria dogmatica usata dal diritto internazionale, si potrebbe parlare al proposito di ordine pubblico europeo.

Valori culturali, religiosi e umanistici insomma segnano un perimetro intorno alla possibile area di tutela costituzionale di dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà e cittadinanza, all'interno del quale non sembra possano rientrare visioni della comunità politica in contrasto con quei valori.

Si inserisce qui uno dei temi più delicati del processo di unificazione europea: il confronto con altre tradizioni ed il ruolo di esse, a cominciare dall'Islam.

Anche a prescindere dalla effettiva consistenza di una radice islamica d'Europa, i valori di certe tradizioni islamiche ben difficilmente si conciliano con quelli fondanti l'Unione Europa: si pensi ad esempio alla concezione teocratica dello Stato, contrastante con lo Stato di diritto, alla negazione dei diritti delle donne, ai diritti umani.

Lo stesso recepimento della Carta dei Diritti all'interno della Costituzione europea, come sua parte seconda, significa una riaffermazione della priorità della persona umana rispetto alla comunità, che consente di rimarcare la prospettiva differente rispetto alle impostazioni politico-culturali, per le quali la comunità è prioritaria rispetto alla persona (come avviene nella visione islamica): prospettiva personalistica della quale è parte integrante l'umanesimo cristiano, risalente per giunta alla tradizione mosaica, non meno dell'umanesimo laico ripreso dall'illuminismo e dalla rivoluzione francese.

Il che peraltro non significa affatto negare diritti di libertà a culture lontane dalla storia europea. La concezione personalistica europea dei diritti dell'uomo – al cuore della quale è la concezione dello straniero come fratello – proprio perché è parametro di riconoscimento per i cittadini di Paesi terzi

dello statuto personale che li caratterizza, comporta che i diritti attribuiti alle persone siano da considerarsi in linea di principio estesi a tutti i residenti degli Stati membri, stranieri compresi. Tuttavia questa estensione ha una limitazione o per meglio dire condizione: che lo statuto personale previsto nei Paesi terzi non contrasti con i principi europei fissati nella Carta dei Diritti e prima ancora nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Due esempi possono chiarire quanto detto.

Se la visione personalistica europea vuole che sia assicurata completa eguaglianza tra uomo e donna, è evidente che il riconoscimento dello statuto personale di cittadini di paesi islamici non potrà operare riguardo ad uno straniero islamico, unito da un primo matrimonio celebrato nel suo Paese d'origine, che voglia concludere nell'Unione un secondo matrimonio. Un riconoscimento così esteso, infatti, concretizzerebbe una situazione matrimoniale di tipo poligamico contrastante con i principi dell'Unione. Ciò però non significa che un matrimonio islamico non possa essere posto in essere nell'Unione, ma solo che esso può essere contratto a condizione che costituisca il primo matrimonio.

La libertà di osservare le proprie regole religiose – questo il secondo esempio – significa certamente consentire ai lavoratori provenienti da Paesi terzi di scegliere il giorno di riposo settimanale, esentandoli in quel giorno dallo svolgimento di prove concorsuali; ma nessun padre potrà chiedere alle istituzioni europee l'assistenza sanitaria per praticare l'infibulazione della figlia minorenni, essendo questa contrastante con la concezione europea dei diritti dell'uomo.

##### 5. Osservazioni finali

Il rapporto tra le istituzioni e le garanzie dei diritti fondamentali della persona è il punto più critico e delicato del moderno costituzionalismo.

In Europa oggi sia la sovranità degli Stati nazionali sia la sovranità della famiglia, di fatto e di diritto, sono in gran parte destrutturate. Il futuro riposa sulla persona.

La Costituzione europea, nel porre la dignità della persona come prioritaria rispetto alla comunità politica, è certamente la Carta più moderna. Lo dimostra la procedura di "allarme precoce": essa consente ad una minoranza di bloccare al suo sorgere l'iniziativa legislativa, quando vi sia pericolo di lesione dei diritti fondamentali. I Parlamenti nazionali insomma non sono più onnipotenti. Non potrà dunque più ripetersi la tragica vicenda del passato, quando (come afferma Giovanni Paolo II in una pagina di



“Memoria ed identità”) “fu un Parlamento eletto ad acconsentire alla chiamata di Hitler al potere nella Germania degli anni Trenta; fu poi lo stesso Reichstag, che con la delega dei pieni poteri a Hitler, gli aprì la strada...”.

Costruire intorno alla persona condizioni di sicurezza dei suoi diritti fondamentali è la scommessa dell'odierna Europa.

Sarà un cammino non semplice. Esso avrà come parametri giuridici le cinque categorie adottate dalla Costituzione europea, più volte sopra ricordate: dignità, libertà, eguaglianza, solidarietà, cittadinanza. Le radici culturali, religiose e umanistiche avranno influenza nel precisare il contenuto concreto di ognuna di esse. Il dialogo con le Chiese – una delle novità della Costituzione Europea, prevista dall'art. I-53 – spingerà a riempire i diritti fondamentali della persona di contenuti di socialità, solidarietà e pace. Nello stesso tempo tentazioni vetero-illuministiche – agevolate anche dalla discutibile equiparazione delle confessioni religiose con le associazioni filosofiche (art. I-53) – potranno spingere verso interpretazioni soggettivistiche.

La speranza è che *civil law* e *case law* convergano non solo in garanzie di tipo individualistico (come pare avvenga in U.S.A.), ma piuttosto in garanzie della persona come soggetto sociale, quali la tradizione romana e quella canonica hanno immesso nella cultura europea.